

L'AUTHENTICITÉ NOTARIALE OBLIGATOIRE

POUR

LA SÉCURITÉ DES TRANSMISSIONS IMMOBILIÈRES

*« Aucun homme ne peut faire la moindre
chose sans la sécurité. »*

STUART MILL.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée le 14 mars 1941, à 14 heures

PAR

Philippe MOREAU

JURY } *Président :* M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*
 } *Suffragants :* MM. H. MAZEAUD, *professeur.*
 BOULANGER, *professeur à la Faculté*
 de Droit de Lille.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1941

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'AUTHENTICITÉ NOTARIALE OBLIGATOIRE

POUR

LA SÉCURITÉ DES TRANSMISSIONS IMMOBILIÈRES

*« Aucun homme ne peut faire la moindre
chose sans la sécurité. »*

STUART MILL.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée le 14 mars 1941, à 14 heures

PAR

Philippe MOREAU

JURY } *Président* : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *professeur*.
 } *Suffragants* } MM. H. MAZEAUD, *professeur*.
 BOULANGER, *professeur à la Faculté*
 de Droit de Lille.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1941



INTRODUCTION

Formalisme et sécurité.

Prétendre exiger la rédaction d'un acte notarié en matière de transmissions immobilières peut paraître à certains bien audacieux. Notre proposition sera taxée de formaliste et ne manquera pas de soulever de vives protestations au nom du droit naturel et du principe traditionnel de la liberté des conventions.

On nous objectera que le formalisme est un vestige du passé, un « reste de la barbarie des peuples primitifs ». Que les peuples dans leur enfance se soient attachés aux éléments matériels des choses, que tout acte juridique ait alors été soumis à l'emploi de procédés techniques destinés à frapper leur imagination, tels que paroles, solennités et symboles, soit. Ce formalisme chez les Romains n'était même pas une création du législateur; il répondait à l'état de civilisation, et se retrouvait aussi bien dans la religion et la vie privée ou publique que dans le Droit¹.

Mais dès que la civilisation s'est développée, le formalisme s'est montré de plus en plus encombrant; les peuples devenus adultes, leur instruction leur permet de se passer de tous ces artifices.

Toute l'histoire du Droit montre en effet que l'évolution juridique s'est produite dans le sens d'une atténuation progressive de la forme et d'une considération de plus en plus exclusive de la volonté des parties.

1. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, t. I, p. 720.

Notre Ancien Droit nous en apporte le témoignage : le formalisme fléchit dès le ^{xiii}^e siècle, sous diverses influences, notamment celle du droit canonique, pénétré avant tout du souci de l'équité¹. Au ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles, sous l'influence des jurisconsultes de l'Ecole du droit de la nature et du droit des gens, en particulier de Grotius² et Pufendorf³, sa décadence est achevée. C'est ainsi que Loysel a pu écrire : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse et convenance que les stipulations du droit romain⁴ ».

La règle de la consensualité triomphe alors : La convention est obligatoire sans conditions de forme, sans aucune formalité et par conséquent le simple accord des volontés oblige les contractants.

D'ailleurs, le Code civil n'a-t-il pas consacré ce principe général dans son article 1108, « en se gardant bien de placer au rang des conditions essentielles à la validité des conventions, les simples conditions de forme⁵ » ?

On nous fera remarquer en outre, que le formalisme présente de nombreux inconvénients maintes fois signalés : il est, comme le dit Ihering, dangereux et incommode : « dangereux, car la forme veut être exactement connue, elle punit l'ignorance, l'inattention, la maladresse, la légèreté ; incommode, la forme ne tolère pas le même laisser-aller de l'expression de la volonté que comporte l'absence de formes ; vouloir ne suffit pas, il faut satisfaire à la forme par un acte réfléchi et accompli de propos délibéré⁶ ». De plus, il entrave les transactions et favorise la mauvaise foi.

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 600.

2. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, t. I, livre 2, chap. 6, § 1 et chap. 8, § 25.

3. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, t. I, livre 3, chap. 5, livre 4, chap. 2.

4. Loysel, *Institutes coutumières*, 1607, livre 2, titre 1, maxime 2.

5. Larombière, *Des obligations*, p. 36, art. 1108, n° 4.

6. Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, trad. Meulenaere, p. 116.

Au contraire, le consensualisme ayant sa base dans la foi réciproque que se doivent des êtres intelligents et doués de moralité, apparaît comme le système le plus conforme à la raison et le plus favorable à la société. Il a pour effet de déjouer les subterfuges de la ruse et de la méchanceté, et est, par suite, éminemment de nature à favoriser les échanges de services et de richesses, la parole donnée et la bonne foi formant ainsi la base des relations contractuelles. Comme l'a justement défini M. Esmein, « le consensualisme, inapplicable aux époques de civilisation commençantes, est le principe de nos sociétés modernes; c'est l'idéal vers lequel doit tendre toute législation¹ ».

Aussi, parler de formalisme à notre époque, peut apparaître comme faire preuve d'un esprit rétrograde contraire aux tendances du droit, contraire aussi à la règle bien établie du seul consentement déterminateur. Pourquoi s'attacher obstinément à cette institution archaïque, devenue inutile maintenant, puisque les peuples désormais bien instruits, sont parfaitement aptes à conclure toutes conventions directement entre eux sous le signe de la bonne foi?

Toutes ces critiques ne manquent pas d'une certaine justesse. Cependant, de nos jours, un nouveau courant se dessine : le formalisme renaît. Toute la doctrine l'a constaté et d'intéressants travaux ont été consacrés à cette étude².

Cette réapparition, qui date d'un demi-siècle environ, s'explique par les services considérables que le formalisme

1. Esmein, « Etude sur les contrats dans le très ancien droit français » (*Nouvelle Revue historique*, année 1880, p. 660 et s.).

2. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 264 et s.; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV (Esmein), n° 97. Josserand, *Cours de droit positif français*, t. II, p. 79, n° 191; Bonnesse, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. II, 1925, p. 448 et s.; Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse, Lille, 1914; Rouxel, *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, thèse, Caen, 1914.

rend ; Ihering lui-même, qui en a pourtant fait longuement le procès, reconnaît toutefois que la forme entraîne des avantages : elle facilite la tâche du juge, donne de la clarté à la convention, porte les parties à réfléchir. « Ennemie jurée de l'arbitraire, elle est la sœur jumelle de la liberté¹ ». M. Esmein le constate également : « Quand les contrats sont dénués de formes, les solutions compliquées naissant d'une civilisation avancée multiplient pour les parties souvent peu expérimentées et pour les tiers, les risques d'erreur et de fraude. Indépendamment, les facilités qu'il procure pour la preuve d'un acte, le formalisme protège les parties contre les dangers inhérents à l'opération² ».

Bien entendu, il ne s'agit plus du vieux formalisme des temps antiques qui nous paraîtrait aujourd'hui presque enfantin. Le formalisme moderne n'a plus pour but de frapper l'imagination, son rôle est de faciliter la preuve, donner aux contrats une forme nette, protéger les contractants, laisser aux parties le temps de réfléchir et, surtout, favoriser l'état de sécurité sociale. « Le formalisme dans sa manière d'être moderne, dit M. Demogue, c'est-à-dire n'étant plus un mode de matérialisation des idées comme aux époques primitives, poursuit un but de sécurité³. »

La sécurité, voilà la cause essentielle du formalisme moderne. Nous touchons ici peut-être au plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central, le besoin de sécurité. « Donner de la sécurité aux individus, cette idée si simple a dans le droit, de nos jours, une importance exceptionnelle⁴. » « Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité, disait Stuart Mill. C'est d'elle que nous dépendons lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel. Rien n'aurait de

1. Ihering, *op. cit.*, p. 178.

2. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. IV, p. 116.

3. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, 1911, p. 69.

4. Demogue, *op. cit.*, p. 71.

valeur pour nous, sinon pendant un instant aussitôt passé, si nous pouvions être dépouillés d'un bien un instant après l'avoir possédé par quelqu'un de momentanément plus fort que nous¹. »

La sécurité est, en effet, un levier d'activité. Sans elle, pas d'activité dans les affaires. Ces dernières années, nous ont permis d'en faire la triste constatation. Tout comme la crainte d'événements extérieurs ou de troubles sociaux, l'incertitude sur une situation juridique quelconque paralyse l'activité, suspend les transactions. Et les relations sociales seraient gravement compromises si l'on n'était pas en mesure de savoir que tel individu s'est engagé, que tel rapport a pris naissance et que tel bien a été transmis.

Or, il n'y a de sécurité possible pour les tiers, que si la volonté des contractants, suffisante pour établir entre eux-mêmes un rapport obligatoire, est portée à leur connaissance par une manifestation extérieure en laquelle ils pourront avoir toute confiance. C'est le formalisme qui répond à cette nécessité. « Pour les tiers, la forme est une véritable pierre de touche pour savoir sûrement si tel acte juridique a été passé². »

Et ce n'est pas seulement aux tiers que le formalisme est utile; il protège aussi les contractants eux-mêmes : il se présente sous la forme d'un écrit qui, rendant la preuve plus simple, évite les procès, donne clarté et précision à la convention et porte les parties à envisager toutes les conséquences de leur engagement, d'autant plus importantes que la complexité des relations modernes a singulièrement multiplié les risques d'erreur et de fraude.

Aussi, bien que le consensualisme reste toujours l'idéal vers lequel doit tendre toute législation, sommes-nous loin de penser que notre Droit actuel, qui correspond cependant à un état de civilisation avancé, puisse être affranchi

1. Stuart Mill, *L'utilitarisme* (trad. Lemonnier), p. 105.

2. Demogue, *op. cit.*, p. 70.

de tout formalisme. Cette technique, au contraire, nous apporte les plus grands bienfaits. Mais il faut savoir distinguer d'entre le formalisme nocif et le formalisme utilitaire. Le formalisme primitif était né du besoin d'expression de la volonté, du culte des symboles. Il a disparu progressivement de nos institutions et de ses débris se sont élevées des formes réalisant un but pratique. « Au formalisme instinctif du début se substitue de plus en plus un formalisme réfléchi et utilitaire¹. » Loin d'être une cause de gêne comme par le passé, il est maintenant utile aux contractants et aux tiers et favorise la sécurité sociale.

Dans cette conception moderne, ce nouvel essor du formalisme ne nous semble pas prêt de s'arrêter. Des lois récentes ont consacré cette renaissance² : elles ont exigé pour certains contrats, l'intervention d'un officier public ; pour d'autres, elles ont prescrit la nécessité d'un écrit. La jurisprudence, elle aussi, l'a favorisée. « Sans vouloir prédire de l'avenir, il semble qu'on peut affirmer que les besoins de sécurité et de certitude ne feront que s'accroître et que le formalisme propagateur de sécurité et garant de liberté, réduira encore le domaine du consensualisme pour étendre celui de la solennité³. »

*
* *

Les principes formalistes qui précèdent peuvent-ils trouver leur application dans le domaine immobilier, et plus spécialement dans les transmissions immobilières ? Leur nécessité y apparaît dans toute son évidence : la simplicité et la sécurité des transactions ne sauraient être obtenues en effet, si le droit de propriété ne se manifestait par un fait ostensible aux yeux de ceux qui doivent le

1. Gény, *Science et technique en droit positif*, 1921, t. III, p. 103.

2. V. D. H., 1933 ; Jossierand, *Le contrat dirigé*, p. 89.

3. Moeneclay, *op. cit.*, p. 197.

reconnaître et le respecter. Bien entendu, ce fait ostensible, destiné à faire rayonner l'opération intervenue, ne peut plus consister, comme dans l'antiquité juridique, dans le concours à l'élaboration du contrat d'un grand nombre de témoins, voire même du peuple tout entier¹. Le formalisme moderne se présente, en notre matière, sous forme de publicité et d'authenticité.

Notre Droit français n'a pas échappé à cette évolution : Le Code civil, dans son article 1138, a bien posé le principe translatif des contrats, d'après lequel la transmission des droits réels découle de la seule convention, et cependant, malgré ces traditions consensualistes, le législateur a été amené dès le milieu du siècle dernier à prescrire des mesures de publicité pour porter les transmissions de propriété immobilière à la connaissance de tous. Or, il est évident que la publicité constitue bien une manifestation du formalisme : on ne peut, en effet, considérer comme consensuel un contrat qui, bien que valable *inter partes* sans condition de forme, est assujéti à des formalités de publicité pour être rendu opposable *erga omnes*.

Mais il est apparu bientôt que les principes généraux de notre droit, même complétés par ces mesures de publicité, se montraient manifestement insuffisants à eux seuls pour assurer la sécurité des transferts immobiliers, et que celle-ci ne dépendait uniquement que de la valeur du titre présenté à la publicité.

Aussi, tout récemment, le législateur a-t-il dû intervenir à nouveau pour introduire dans notre droit foncier la notion d'authenticité.

N'est-ce pas là, indubitablement, la consécration du formalisme en matière foncière ? Et l'innovation n'est pas faite pour nous surprendre, puisque nous venons de constater la renaissance de cette technique dans le droit moderne.

1. Cug, *op. cit.*, p. 722 et s.

Mais nous aurons l'occasion d'exposer que la notion d'authenticité est susceptible de diverses conceptions et que celle adoptée par la législation française est la plus timide.

Si la nôtre apparaît encore trop étroite pour entourer les transferts des propriétés de toute la garantie désirable, n'est-il pas permis d'en envisager un élargissement qui nous rapprocherait d'ailleurs des systèmes fonciers voisins, et qui assurerait enfin aux transmissions immobilières la sécurité dont elles ont besoin ?

Notre plan est désormais tout tracé :

La première partie sera consacrée à l'insuffisance des principes généraux du droit français pour assurer la sécurité des transmissions immobilières, de laquelle résulte la nécessité d'un *instrumentum* sérieux les constatant.

Dans la deuxième partie, après avoir comparé les deux formes possibles d'*instrumentum*, l'acte authentique et l'acte privé, et établi la supériorité du premier, nous étudierons l'authenticité immobilière, telle qu'elle est conçue en droit français, puis la conception que s'en sont faite les législations étrangères.

Et nous pourrons alors envisager, dans une troisième partie, les améliorations dont la nôtre est susceptible.

PREMIÈRE PARTIE

Insuffisance des principes généraux du Droit
français pour assurer la sécurité des trans-
missions immobilières. Nécessité d'un instru-
mentum sérieux.

PROPRIÉTÉ ET SÉCURITÉ

Aux premières époques de la civilisation, la terre était le plus ferme soutien de la religion, de la cité, de la famille. Chez les Egyptiens comme chez les Hébreux, dans les coutumes barbares de la Scandinavie comme dans le droit romain, le transfert de la propriété foncière nous apparaît surchargé de formalités, d'actes symboliques, et ne peut se réaliser qu'au sein de l'assemblée du peuple ou sanctionné par la communauté domestique. Ces exigences formalistes étaient destinées, non pas tant à consacrer solennellement la transmission qu'à entraver la libre circulation des biens. Constituant l'essentiel du patrimoine familial, considérée comme sainte, la terre ne devait pouvoir changer de mains qu'avec la plus grande difficulté¹.

Au moyen âge, à l'époque féodale, l'idée de souveraineté se trouve associée à celle de propriété du sol. La terre devient l'attribut essentiel de la féodalité. « Nulle terre sans seigneur, nul seigneur sans terre. » L'intérêt des vassaux comme celui des seigneurs exigeait que le fief ne pût être démembré, à cette époque d'incertitude où tout le monde avait à gagner à la consolidation du fief. On s'explique ainsi facilement les règles féodales qui tendaient avant tout à concentrer la propriété dans les mêmes mains et à restreindre la liberté des échanges. On ne peut pas dire encore alors qu'il existe réellement un système foncier : la terre,

1. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 1 et s.

véritable emblème de force, de puissance et de durée, ne pouvait être tenue pour un objet d'échange et un instrument de crédit.

Mais de nos jours, la propriété foncière est fondée sur des principes différents : « La terre, dit Besson, s'est démocratisée et n'assure plus à son possesseur aucune prééminence. Elle n'est qu'un objet de revenus et de placement de capitaux. Avec les progrès de la civilisation, la propriété immobilière s'est dégagée en partie des entraves qui rendaient autrefois impossible la complète exploitation des forces productives du sol¹. » C'est par sa fonction économique, que la propriété foncière est appelée à contribuer à la prospérité des familles et au bien-être général.

En effet, l'activité des échanges et le développement du crédit territorial, ont pour conséquence l'amélioration de la terre : les propriétaires n'ont d'autre but que d'augmenter la valeur de leurs immeubles, soit dans leur propre intérêt pour développer la productivité, soit dans l'espoir de les revendre avec bénéfice. Aussi effectuent-ils certaines transformations, certains aménagements dont l'ensemble est toujours profitable aux immeubles et leur donne un accroissement de valeur.

Mais s'il faut souhaiter une grande activité des échanges et un développement du crédit, il ne faut pas se laisser entraîner à dépasser de sages limites : nous nous garderons de partager l'opinion de certains auteurs qui ont rêvé de voir l'immeuble circuler comme un billet de banque². Une telle innovation ne nous semble pas susceptible de s'adapter aux besoins et aux caractères de la propriété immobilière et de la législation française. Indépendamment des critiques d'ordre juridique que soulève la mobilisation du sol³, cette institution serait absolument contraire à nos

1. Besson, *op. cit.*, p. 2.

2. Rondel, *De la mobilisation du sol en France*, Paris, 1888.

3. V. Magnin, *Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Grenoble, 1896.

traditions; il faut tenir compte de ce que le propriétaire français est ennemi des changements trop brusques ou trop complets, surtout lorsqu'il s'agit de sa terre, et il répugnerait à voir devenir anonyme la terre que sa famille exploite depuis plusieurs générations.

Si l'on veut que l'immeuble réponde aux besoins économiques modernes, qu'il puisse prendre sa part dans la prospérité des affaires, par conséquent se prêter à des transactions rapides et surtout très sûres, et trouver du crédit à bon marché, point n'est besoin d'une mobilisation du sol. Le développement des transactions et du crédit peuvent parfaitement s'accommoder des institutions existantes, à la condition que celles-ci soient en mesure de pourvoir au besoin de sécurité qui, nous l'avons vu, est le facteur déterminant de l'activité des affaires.

La propriété a besoin de sécurité. L'essor mobilier moderne en est la preuve : la sécurité est, en effet, parfaitement garantie en matière mobilière. Sa nécessité s'impose tout autant pour l'expansion de la richesse foncière qui est essentiellement subordonnée à la sécurité des transmissions immobilières.

Pour que le propriétaire foncier trouve des acquéreurs, il faut que l'acquisition donne à ceux-ci la certitude de faire un placement solide de leurs capitaux. S'ils craignent de voir l'objet de l'acquisition leur échapper pour une cause actuellement inconnue, ils préféreront s'abstenir ou ne consentiront à risquer leur chance que si la valeur de l'immeuble est nettement supérieure au prix qu'ils offrent.

Nous voyons donc que le développement de la richesse immobilière ne peut être obtenu qu'à la condition que la propriété soit fermement assise, qu'il soit possible à tout moment de l'établir d'une façon indiscutable, en un mot, que les deux notions de propriété et de sécurité soient intimement liées.

Or, on est généralement d'accord pour reconnaître qu'en France les transmissions de propriété immobilière ne s'opèrent pas avec toute la sécurité désirable.

Ai-je traité avec le véritable propriétaire? Ce propriétaire était-il capable de contracter? L'objet de l'acquisition est-il parfaitement individualisé, quant à sa nature et à sa contenance? Le propriétaire ne vient-il pas de procéder à une aliénation au profit de quelqu'un d'autre sans m'en avoir averti? N'a-t-il pas grevé l'immeuble d'hypothèques ou constitué des droits réels, notamment des servitudes, qui me seront opposables? Le bien pouvait-il être vendu? N'existe-t-il pas certaines causes d'éviction occultes qui, lorsqu'elles seront révélées, viendront troubler ma possession paisible et m'évincer partiellement ou totalement?

Autant de questions capitales pour l'acquéreur auxquelles il est impossible de répondre avec une certitude absolue et auxquelles on ne peut répondre avec une certitude toute relative qu'après des investigations longues, coûteuses et parfois vexatoires pour le propriétaire qui en est l'objet.

Individualisation des personnes, déterminations physique et juridique de l'immeuble objet de la transmission, voilà les trois éléments de la précision desquels dépend la sécurité des transmissions immobilières.

Nous nous proposons de montrer ici que la loi française est loin de satisfaire à ces trois conditions essentielles d'un bon régime foncier.

CHAPITRE PREMIER

INDIVIDUALISATION DES PERSONNES¹

Identité, capacité, pouvoir

Les transmissions immobilières ne peuvent offrir une parfaite sécurité qu'à cette première condition que soient réunis facilement tous les renseignements relatifs à l'identité, à la capacité et au pouvoir des personnes.

Il ne semble pas au premier abord qu'on puisse trouver là la moindre difficulté : rien n'est plus simple en effet que de distinguer une personne d'une autre et de dresser avec précision le signalement de quelqu'un. Et pourtant, des méprises de ce genre se produisent beaucoup plus fréquemment qu'on ne le pense, notamment lorsqu'on ne connaît pas personnellement celui avec qui l'on contracte.

Est-il besoin de rappeler toutes les difficultés auxquelles on se heurte soi-même, quand on a besoin de prouver son identité pour toucher la moindre somme d'argent, par exemple, d'une administration quelconque ?

Il suffit de consulter le premier répertoire d'adresses venu pour constater la confusion de personnes qui peut résulter de la similitude de noms et de prénoms. Cette incertitude est particulièrement grande à la campagne où, après quelques générations, il se trouve dans un péri-

1. Levivier, *Etude des moyens les plus propres à assurer la sécurité des transactions et notamment des transactions immobilières*, thèse, Paris, 1897, p. 17 et s.

mètre restreint, de nombreux titulaires du même nom, descendants de la même souche et portant les mêmes prénoms, puisque souvent la tradition de famille veut que le fils porte celui de son père. D'autre part, les individus sont dotés généralement de plusieurs prénoms. Or, il arrive fréquemment que le prénom qui figure en premier sur les registres de l'état civil, n'est pas celui par lequel cette personne est appelée.

Autant d'incertitudes qui peuvent provoquer de lourdes méprises, aggravées encore lorsqu'il s'agit d'identifier une personne morale.

Mais là où le danger est plus grave, c'est lorsque l'erreur porte sur la capacité civile et juridique ou le pouvoir des personnes.

Les renseignements sur la capacité ont une importance toute particulière, spécialement en matière immobilière où le droit de disposer est soumis à des conditions de capacité spéciales. Le vendeur est-il mineur ? Il faudra obtenir l'assentiment de son conseil de famille et l'homologation du tribunal. Est-il mineur émancipé ? Est-il commerçant ? Est-il célibataire ? Marié, et sous quel régime matrimonial ? A-t-il été chargé d'une tutelle ou d'une curatelle ?

Il y a lieu également de se demander à quel titre, en vertu de quel pouvoir une personne intervient au contrat : est-ce en son nom personnel, ou bien agit-elle comme organe d'une collectivité, représente-t-elle une autre personne comme mandataire muni de pouvoirs réguliers ou comme administrateur des intérêts d'autrui, ou encore comme gérant d'affaires, comme porté-fort, ou enfin comme simple assistant ou autorisant d'une personne à demi-capable ?

Identité, capacité, pouvoir de la personne avec qui l'on traite, ces trois éléments constitutifs de l'individualisation des personnes peuvent donner lieu, on peut en juger par cette énumération qui pourrait être beaucoup plus longue, à des méprises dont les conséquences seront souvent bien fâcheuses.

L'erreur volontaire sur la capacité a pour effet de vicier le contrat plus ou moins, suivant les cas (art. 215, 217, 502, 503, 509, 513, 1123, 1124 et 1125 du Code civil).

Les méprises involontaires présentent elles aussi de sérieux inconvénients : notamment, les homonymies viennent singulièrement compliquer la tâche du conservateur des hypothèques, dont les registres sont tenus par noms de personnes, et rendre incertains les renseignements qu'ils donnent; si, par exemple, une hypothèque a été inscrite par erreur au nom d'un propriétaire qui porte le même nom et le même prénom que l'emprunteur, il faudra, pour en obtenir la radiation, présenter au conservateur une mainlevée de cette inscription, opération qui peut être rendue difficile par la mauvaise foi du bénéficiaire de l'inscription¹.

Quelles mesures le législateur a-t-il prises pour donner plus de sécurité à l'individualisation des personnes et prévenir les erreurs qui peuvent en résulter ?

Pour ce qui est de l'identité, l'article premier de la loi du 24 juillet 1921 est venu ajouter à la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, un article 14 ainsi conçu : « Dans tous les actes, jugements, saisies, soumis à la transcription, les parties devront être désignées par leurs noms et prénoms dans l'ordre de l'état civil, leur domicile, la date et le lieu de leur naissance et leur profession si elle en ont une connue. »

En outre, le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la réforme hypothécaire, a pris une disposition analogue, visant l'identification des personnes morales : « L'alinéa 1^{er} de l'article 14 de la loi du 23 mars 1855 est complété ainsi qu'il suit : En ce qui concerne les sociétés, associations et syndicats, mention est faite de la date de leur constitution définitive, de leur nom et siège social et, s'il y a lieu, de leurs déno-

1. V. à ce sujet, l'intéressant jugement rendu par le tribunal civil de Draguignan, le 5 janvier 1940, rapporté dans le *Journal des Notaires* du 20 novembre 1940, n° 40770.

minations antérieures et de leur numéro d'immatriculation sur le registre analytique du commerce. »

Mais, hélas ! l'omission de ces dispositions n'est assortie d'aucune sanction.

D'autre part, la jurisprudence a dû intervenir pour suppléer à l'insuffisance de la loi au point de vue de l'identité des personnes en matière de succession, en créant la théorie de l'héritier apparent : il peut arriver, en effet, qu'après un décès, un parent du *de ejus* moins proche que l'héritier véritable, se soit mis en possession de la succession, ou encore que sans être héritier *ab intestat*, il ait appréhendé la succession en invoquant un testament entaché de nullité. S'il aliène un des biens héréditaires, quelle sera la situation du tiers acquéreur qui aura traité de bonne foi avec lui, le prenant pour l'héritier véritable ? Malgré l'article 1599 du Code civil, aux termes duquel la vente de la chose d'autrui est nulle, la jurisprudence dès 1843 s'est établie dans le sens de la validité des aliénations à titre onéreux consenties par l'héritier apparent à l'acquéreur de bonne foi, sans distinguer entre la bonne ou la mauvaise foi du possesseur de l'hérédité.

Quant aux renseignements sur la capacité, ils sont souvent difficiles à obtenir, car les actes la concernant restent épars, les faits qui viennent la modifier ne sont pas groupés. Sans doute, des lois postérieures à la promulgation du Code civil ont-elles réalisé quelques progrès en prescrivant que mention soit faite en marge de l'acte de naissance des faits modificatifs de l'état de la capacité des individus, notamment pour la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation, le jugement d'adoption et le mariage.

C'est évidemment là une tentative heureuse, mais qui paraît cependant bien insuffisante. Si toutes les modifications de capacité étaient portées en marge de l'acte de naissance, la multiplication de ces mentions marginales viendrait d'ailleurs singulièrement augmenter le volume des registres de l'état civil.

Un autre système a été préconisé, qui consiste en la création au greffe du tribunal civil de première instance du domicile de l'intéressé, d'un véritable casier civil sur lequel seraient mentionnés tous les faits concernant son état civil ou modifiant sa capacité, séparation de biens, séparation de corps, interdiction, nomination de conseil judiciaire, etc.¹

Nous sommes loin encore d'un procédé d'individualisation aussi complet.

Que retenir de cet examen de l'individualisation des personnes en droit français?

Aussi bien l'identité que la capacité et le pouvoir nous y apparaissent insuffisamment précisés. La sécurité à ces divers points de vue dépend uniquement du soin avec lequel on procède aux vérifications nécessaires qui sont souvent fort difficiles et fort coûteuses, notamment lorsque l'une des parties est inconnue dans la région où la tractation a lieu. Cette mission délicate incombe au rédacteur de l'acte constatant la transmission.

1. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9^e éd., t. I, p. 417, n° 457.

CHAPITRE II

DÉTERMINATION PHYSIQUE DE L'IMMEUBLE¹

Cadastre.

Tout aussi importante que l'individualisation des personnes est la détermination juridique de l'immeuble; il ne suffit pas d'être parfaitement renseigné sur l'identité et la capacité de celui avec qui l'on traite, il faut avoir une égale certitude quant à l'objet de la tractation : il est indispensable de savoir exactement ce qu'on transfère et ce qu'on reçoit. L'identification des immeubles d'après leur situation topographique et leur contenance est la condition de base de tout régime foncier.

Comment pourrait-on en effet parler de sécurité des transmissions immobilières si l'immeuble, objet de la mutation, ne pouvait être déterminé avec la plus parfaite précision quant à la nature de son sol, à sa situation, à sa contenance, à ses limites? « Un bon cadastre parcellaire sera le complément de mon Code, disait Napoléon. Il faut que les plans soient assez exacts et assez développés pour servir à fixer les limites des propriétés et empêcher les procès². »

Qu'est-ce donc que le cadastre?

Le cadastre a été créé pour servir de répertoire à la propriété. Il comprend deux parties : les plans parcellaires

1. Chassan, *Le cadastre*, thèse, Caen, 1909.

2. Décision impériale du 27 janvier 1808.

et la matrice cadastrale. Chaque commune possède le plan linéaire des propriétés, telles qu'elles se comportaient à l'époque où les plans ont été établis, chaque plan ayant un numéro d'ordre. A côté de ces plans et pour les compléter se trouve la matrice cadastrale composée de registres dont les folios sont divisés en colonnes relatant les parcelles d'après leur numéro d'ordre du plan linéaire, leur contenance, la classe à laquelle ils appartiennent et leur revenu.

Chaque terre étant inscrite au nom de son propriétaire, on en déterminait la position et l'étendue pour fixer ensuite l'impôt foncier. Le rôle du cadastre était donc double : d'une part, délimiter les parcelles, d'autre part, servir à l'établissement de l'assiette de l'impôt sur les immeubles.

Mais bientôt le but juridique a été abandonné pour ne plus laisser place qu'au but fiscal.

C'est qu'en effet, le cadastre ne peut refléter la structure de la propriété foncière qu'autant qu'il est tenu au courant de toutes les modifications de la vie juridique ; or, depuis sa confection en 1807, les propriétaires primitifs sont décédés, leurs biens ont fait l'objet de partages en nature entre leurs héritiers, des routes, des voies de communications nouvelles ont été créées, qui les ont traversés, qui ont complètement bouleversé les plans originaux. En outre, toutes les mutations n'étaient pas opérées régulièrement et aucune procédure n'obligeait les propriétaires à informer l'Administration des changements apportés aux limites des parcelles, de sorte qu'au lieu de servir à fixer les limites des parcelles, le cadastre n'est bientôt devenu qu'un simple instrument fiscal.

Révision du cadastre. — La nécessité de cet élément de base de la propriété foncière réapparut bientôt : en 1890 le Gouvernement proposa de mettre à l'étude la question de la révision du cadastre, et en indiqua le but dans l'exposé des motifs du budget de 1891 : « Le cadastre, perpétué

à l'aide d'un système de conservation, ne serait pas seulement un instrument fiscal et administratif, il devrait satisfaire à d'autres besoins. Des abornements généraux et une triangulation rigoureuse précéderaient le renouvellement des opérations; le cadastre constituerait la base de la propriété foncière, il assurerait la sécurité des hypothèques et la régularité des transmissions immobilières; il fournirait enfin à l'agriculture, par le développement des institutions de crédit, les moyens d'action qui lui font défaut aujourd'hui. En un mot, il deviendrait « le grand-livre terrien de la France »¹. »

Un décret du 10 mai 1891 créa une commission extra-parlementaire du cadastre qui inaugura ses travaux le 10 mai 1891 pour les clôturer le 16 mars 1905. La conclusion en fut la suivante : la révision générale du cadastre aurait entraîné une dépense beaucoup trop élevée pour pouvoir être alors envisagée.

A défaut de révision générale, une loi du 17 mars 1898 a simplement encouragé les communes à réviser leur cadastre par une procédure plus rapide et plus économique, et des subventions de l'Etat.

Plus récemment, la loi de finances du 16 avril 1930, qui ordonnait dans son article 2 la révision générale des évaluations foncières, revenu des propriétés non bâties, a prescrit non seulement dans son article 3 la recherche des changements survenus dans les natures de culture et l'établissement d'un nouveau classement des parcelles, mais aussi la révision des documents cadastraux, dans l'article 7 aux termes duquel « il pourra être procédé à la réfection du cadastre, sans le concours financier des départements et des communes, dans les localités où ce travail sera reconnu indispensable à l'exécution des opérations de révision ».

1. Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du cadastre, fasc. 1, p. 5.

Ce travail de réfection est extrêmement lent, on le conçoit, et l'exécution de ces mesures qui devait être terminée en 1936, n'est pas encore achevée aujourd'hui.

Tenue à jour du cadastre. — Sans doute ainsi révisé, le cadastre parviendra-t-il à refléter la topographie immobilière. Mais pour qu'il puisse servir véritablement de base à la propriété, il ne suffit pas seulement qu'il permette l'identification physique du sol à un moment donné, il faut, en outre, qu'il soit régulièrement, rigoureusement tenu à jour de toutes les mutations et de toutes autres modifications que peut subir le sol.

Pour atteindre ce but, les lois du 17 mars 1898, du 1^{er} mars 1918 et du 16 avril 1930 ont prévu une procédure à laquelle collaborent les intéressés :

Aux termes de l'article 9 de la loi du 17 mars 1898, « afin d'assurer la conservation des plans et des registres cadastraux dans les communes où ils auront été renouvelés ou révisés, tout changement de limite devra, pour être opéré sur les plans du nouveau cadastre, être préalablement constaté par un procès verbal de délimitation ou de bornage dressé en présence des parties ou de leurs mandataires et certifié par elles ».

Conformément à ces principes, l'article 8 de la loi du 16 avril 1930 a prévu la conservation régulière aux frais de l'Etat de tous les cadastres renouvelés. Quant au plan de délimitation ou de bornage dont l'établissement est prescrit en cas de changement de limites, il doit être produit aux frais et à la diligence des parties au moment de l'enregistrement de l'acte du jugement translatif. En cas de négligence des parties, outre la sanction prévue par l'article 9 de la loi de 1898, l'Administration établit d'office le plan et poursuit le recouvrement des frais comme en matière de contributions directes.

Les trois lois précitées ont, en outre, exigé, à peine de 25 francs d'amende pour omission ou inexactitude, que

dans tous les actes authentiques, sous seings privés et jugements translatifs de propriété ou de droits réels immobiliers, la désignation des immeubles soit établie d'après les données du cadastre.

Cette dernière mesure était particulièrement nécessaire : les déclarations des parties relatives à la désignation des immeubles ne sauraient constituer des éléments suffisamment sérieux et précis pour la rédaction des actes et la publicité, alors que les indications du cadastre feront foi puisqu'elles ont été arrêtées à la suite d'opérations techniques de triangulation et d'arpentage effectuées par un service de géomètres spéciaux.

Désormais, les conflits entre les parties et les propriétaires voisins relatifs à l'identité et aux limites des immeubles seront évités, l'établissement des origines de propriété sera facilité, et la publicité elle-même en tirera profit.

Quant au soin de déclarer les mutations foncières en vue du cadastre, il fut pendant longtemps laissé à la libre initiative des parties, et il faut voir là une des principales causes de ce que les documents cadastraux n'aient pu être tenus à jour régulièrement.

L'article 36 de la loi du 3 frimaire an VII prescrivait aux parties de requérir elles-mêmes la mutation qui serait inscrite à leur diligence au livre des mutations. La sanction était la suivante : l'ancien propriétaire était contraint au paiement de l'impôt foncier, sauf son recours contre le nouveau.

Des décisions ministérielles du 8 septembre 1853 et du 23 janvier 1890 ont prescrit aux préposés de l'Enregistrement de communiquer sans délai aux agents des contributions directes leurs registres et documents pour leur permettre d'établir eux-mêmes les extraits d'actes translatifs de propriété immobilière. Ainsi, les mutations étaient-elles opérées d'office sur les matrices cadastrales.

Mais toutes ces dispositions se sont révélées insuffisantes pour améliorer sensiblement la tenue du cadastre.

Aussi, l'Administration des contributions directes a-t-elle eu l'idée de recourir aux notaires pour obtenir les renseignements nécessaires :

La loi du 20 mai 1915 impose en effet à ceux-ci « en vue de la constatation des mutations cadastrales et de leur application régulière dans les rôles de la contribution foncière..., de déposer au bureau de l'Enregistrement, au moment où ils soumettent la minute des actes passés devant eux à la formalité de l'enregistrement, l'extrait sommaire de ceux de ces actes qui portent à titre quelconque translation ou attribution de propriété immobilière. »

« La même obligation existe pour les greffiers en ce qui concerne les actes de même nature que ceux visés au paragraphe précédent. »

« Les extraits dont il s'agit sont établis sur des cadres fournis gratuitement par l'Administration des Finances. »

Seulement, le législateur a omis de sanctionner cette obligation. Toutefois, à une question posée par M. Bouesse, député, M. le Ministre des Finances a répondu que le notaire ou greffier qui s'abstiendrait de se conformer à ces exigences, serait signalé à l'autorité judiciaire en vue de l'application de sanctions disciplinaires¹. L'exercice de l'action disciplinaire nous semble bien illusoire, ce qui importe peu d'ailleurs, les notaires s'étant conformés d'eux-mêmes à cette prescription qui, venant utilement compléter l'obligation d'établir les désignations d'après les données du cadastre, permet facilement la mise à jour de celui-ci.

Il est regrettable cependant que cette excellente mesure n'ait pas été également appliquée aux actes sous signatures privées. Nous aurons l'occasion de voir que, même depuis le décret du 30 octobre 1935 qui assujettit ces actes au dépôt au rang des minutes d'un notaire, cette omission

1. *J. O* 25 janvier 1933, Déb. Parl. Chambre, p. 236.

présente encore de sérieux inconvénients pour la tenue régulière des matrices cadastrales.

Peut-on dire maintenant, connaissant les dispositions que le législateur a prises pour améliorer le cadastre, que l'on puisse désormais se fier à lui et que les indications qu'il fournit sont ou seront bientôt suffisantes pour donner une identification des immeubles précise et exacte ?

Malheureusement, il y a loin de la loi aux constatations de la pratique : les désignations restent bien souvent assez vagues, quant à la description de l'immeuble, la nature de son sol, sa contenance ; les indications des « tenants » et « aboutissants » sont le plus souvent erronées et l'on ne peut guère y attacher d'importance.

Il suffit de lire un acte pour s'en convaincre : la superficie, notamment, est toujours suivie du mot « environ », ce qui prouve bien l'incertitude, alors même que la contenance a été mesurée par un géomètre sérieux, celui-ci n'ayant en effet aucun moyen de connaître d'une façon certaine les limites exactes.

Aussi insère-t-on généralement dans les actes de vente, une clause devenue de style, qui écarte l'obligation de garantie de l'article 1619 du Code civil, et aux termes de laquelle la vente est faite sans garantie de contenance, la différence en plus ou en moins sur celle indiquée, excédât-elle un vingtième, devant faire la perte ou le profit de l'acquéreur.

Sans doute, à défaut de renseignements cadastraux bien précis, la détermination physique ne présente-t-elle pas de grandes difficultés à l'égard de certains immeubles qui ont, pour ainsi dire, une individualité bien distincte, tels que maisons, étangs, parcs, jardins, forêts. Mais pour les 150 millions de parcelles qui constituent la propriété rurale, les conséquences sont déplorables, et les justices de paix en témoignent surabondamment.

Du moins est-il permis d'espérer que les dispositions de la loi de 1915 dont le champ d'application s'est trouvé

étendu par le décret du 30 octobre 1935 permettront, par l'entremise des notaires, une mise à jour plus régulière du cadastre.

Ce n'est qu'à la double condition d'une désignation exacte et précise et d'une rigoureuse application de la loi de 1915 qu'on obtiendra la sécurité en cette matière, et que le cadastre pourra devenir « le grand-livre terrien de la France ».

Ce résultat ne peut être atteint que par le soin minutieux qu'apporte à son exécution le rédacteur de l'acte constatant la transmission immobilière.

CHAPITRE III

DÉTERMINATION JURIDIQUE DE L'IMMEUBLE

Publicité.

« Le plan est une des pièces du dossier, il y joue le rôle de la photographie, rôle très important mais accessoire. Ce qui constitue véritablement l'état civil de la propriété, ce n'est pas son plan, c'est le dossier de ses titres juridiques, c'est l'ensemble des contrats successifs qui en constatent le groupement et les démembrements et qui, avec l'indication des transferts d'un propriétaire à l'autre, fixe chaque fois avec un élément de plus l'identité de l'immeuble¹. »

La détermination physique ne peut présenter d'intérêt pour la sécurité des transmissions immobilières qu'autant que la détermination juridique est parfaitement établie.

L'acquéreur doit avoir la certitude de traiter avec le véritable propriétaire de l'immeuble, c'est-à-dire avec une personne qui soit effectivement devenue propriétaire, qui le soit demeurée toujours au moment présent, dont le titre de propriété soit inattaquable, et exempt de certains vices qui pourraient en provoquer la nullité, la résolution, la rescision ou la révocation. Il lui importe également de savoir si le droit de propriété est intact, plein et entier,

1. Flour de St-Génis, membre de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, dans *Procès-verbaux de la Commission*.

s'il n'a pas subi de démembrements, s'il n'est pas grevé de certaines charges qui en diminuent la valeur.

Or, le principe fondamental du transfert de la propriété par simple consentement, posé par les articles 711, 1138, 1583 et 938 du Code civil, risquerait d'aboutir aux plus graves inconvénients s'il n'était doublé d'un système destiné à assurer la protection des tiers, à porter à leur connaissance les mutations de propriété, les constitutions de droits réels immobiliers, ainsi que les causes possibles d'éviction, en un mot à divulguer l'état juridique de l'immeuble. Un bon régime foncier doit éviter qu'une personne soit victime de la clandestinité d'un contrat et achète un immeuble dont le vendeur ne soit plus propriétaire ou qui soit grevé d'hypothèques alors qu'elle le croyait franc et libre de toutes charges.

Cette sécurité si désirable ne peut être obtenue que par un système de publicité efficace, dont la nécessité n'est plus à démontrer pour personne : « C'est un dogme universellement respecté, historiquement établi et dont la pratique démontre chaque jour le bien-fondé¹. »

Si, désormais prévenu par la publicité, le tiers traite cependant avec un propriétaire dont le droit est diminué, anéanti, voire même inexistant, tant pis pour lui : il n'aura qu'à s'en prendre à lui-même s'il est évincé, puisqu'il a été en mesure d'apprécier en pleine connaissance de cause les éventualités auxquelles il s'est soumis.

La publicité donne ainsi aux tiers une réelle sécurité et présente en outre un intérêt tout particulier pour les propriétaires, car elle favorise le crédit immobilier : il sera facile pour eux, en effet, de trouver des capitaux dont leur terre à besoin, ou des acquéreurs quand ils pourront prouver qu'ils sont bel et bien propriétaires et que l'immeuble n'est grevé d'aucune hypothèque ou autre charge.

De l'avis de tous les juristes et économistes modernes,

1. Chaîne, *La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre 1908*, thèse Dijon 1909.

une bonne organisation du système de publicité doit remplir une double condition :

D'une part, quel que soit le mode adopté, il doit comporter une fonction essentielle de documentation, en s'appliquant à tous les actes, à tous les faits modificatifs de la propriété, et centraliser, pour les rendre facilement accessibles aux intéressés, tous ces renseignements qui permettent la détermination juridique de l'immeuble : droit de propriété, droits réels, qui en constituent un démembrement (servitudes, usufruit) ou qui garantissent une créance (privilèges et hypothèques), droits personnels qui diminuent la valeur de l'immeuble (baux de longue durée, cessions de fermages non échus) et enfin les éventualités qui sont susceptibles d'anéantir le droit de propriété et qui résultent, soit de la loi, soit de la convention (rapport, retour légal ou conventionnel).

D'autre part, la publicité a une fonction juridique qui s'analyse en la protection du droit du propriétaire et des acquéreurs, et qui doit les mettre à l'abri de revendication ultérieure.

Le régime de la publicité tel qu'il est organisé dans la loi française satisfait-il à ces légitimes exigences ?

Il est permis d'en douter, ainsi que nous nous proposons de le montrer en étudiant rapidement l'essentiel du système français quant à sa fonction de documentation, avant d'en présenter ensuite les imperfections.

Section I. — Domaine d'application de la publicité et ses lacunes.

Nous venons de voir que, pour assurer la sécurité des tiers acquéreurs, la publicité doit porter sur tous les événements qui viennent modifier la situation juridique de l'immeuble, c'est-à-dire que doivent être rendus publics toutes les transmissions, tous les droits réels et charges

foncières, les privilèges et les hypothèques et, enfin, toutes les causes possibles d'éviction.

§ 1. *Transmissions.*

Nous n'avons pas l'intention de faire ici l'histoire de la publicité¹. La part du droit romain et de l'ancien droit en cette matière est modeste, et si le droit intermédiaire a consacré le principe de la publicité dans la loi du 11 brumaire an VII, le Code civil est revenu à la clandestinité. Il n'existait donc aucune sécurité des transmissions immobilières et le crédit immobilier se trouvait singulièrement menacé. Et cependant il n'a pas fallu moins d'un demi-siècle pour que la publicité soit admise en droit français par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire.

N° 1. LOI DU 23 MARS 1855.

Il serait inexact de dire que la loi du 23 mars 1855 a consacré le principe de la publicité immobilière. Les auteurs de cette loi n'ont pas cherché à poser une règle générale applicable à toutes les mutations foncières sans exception, ils se sont proposé seulement de pallier aux inconvénients résultant du principe de la transmission de propriété par le simple accord de volontés, qui rend particulièrement difficile la vérification du droit de l'acquéreur, et qui permet à un propriétaire de vendre un même immeuble à deux acquéreurs successifs pour en toucher frauduleusement deux fois le prix.

La loi de 1855 a uniquement pour but de déjouer ces manœuvres et de trancher les conflits entre les acquéreurs successifs d'un même auteur.

1. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., 1932, t. I, p. 883 et s., n^{os} 1702 et s.; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 9^e éd., t. I, n^{os} 915 et s.

De cette idée fondamentale que la publicité immobilière résout simplement les conflits entre ayants cause d'un même propriétaire, découlent les conséquences suivantes¹ :

1° La publicité ne s'applique qu'aux actes entre vifs, donc les transmissions à cause de mort n'ont pas à être publiées, puisqu'on imagine difficilement alors un conflit entre ayants cause, le défunt ne pouvant transmettre successivement un même bien à ses héritiers ou légataires;

2° Elle est facultative : si l'acquéreur a confiance en la loyauté du vendeur, il n'a aucun intérêt à publier son titre;

3° Elle ne saurait donner à l'acquéreur plus de droits qu'à son auteur : si celui-ci avait un droit annulable, le droit transmis conserve ce caractère en la personne du nouveau propriétaire;

4° Le conservateur des hypothèques, qui est l'agent chargé de la transcription, a un rôle purement passif : il ne peut retarder ou refuser la formalité, car c'est uniquement la date de celle-ci qui tranche les conflits.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ces caractères de notre système de publicité.

Retenons seulement pour l'instant que le champ d'application de la publicité, dans la loi de 1855, était notoirement insuffisant, puisqu'en étaient exclus non seulement les mutations par décès, mais tous les actes déclaratifs, les actes confirmatifs et abdicatifs, ainsi que les acquisitions en vertu de la loi.

Le procès de la transcription n'est plus à faire². Dès

1. Paul Durand, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, p. 150.

2. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891; Chaîne, *La transcription dans le projet de loi sur la réforme hypothécaire voté au Sénat le 3 décembre 1908*, thèse, Dijon, 1909; François Roger, *La réforme du régime foncier en France*, Paris, Godde, 1922; Juillard, *De la réforme de la transcription*, thèse, Rennes, 1920; Lafond, *Essai critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Paris, 1912; Magnin, *Etude sur la publicité des transmissions de droits réels immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Grenoble, 1896; Manuel Gismondi, *Le régime de la publicité*

son apparition, la loi de 1855 souleva les plus vives critiques : l'exemple des législations étrangères et les vœux exprimés par de nombreux congrès poussèrent les pouvoirs publics à envisager le principe d'une réforme tendant à introduire en France le système des livres fonciers.

Le projet de la Commission extra-parlementaire du cadastre établi en ce sens, resta lettre morte, car l'introduction du livre foncier nécessitait d'abord la réfection du cadastre, et celle-ci apparaissait comme beaucoup trop coûteuse.

D'ailleurs, toute une série de congrès proclama alors la déchéance des livres fonciers, en raison de la cherté des travaux et du morcellement excessif de la propriété rurale, estimant qu'il serait plus simple de chercher à améliorer nos institutions traditionnelles.

A partir de 1894, un grand nombre de projets furent déposés devant le Parlement, en faveur de la seule amélioration de la loi de 1855¹, qui laissèrent la question au même état qu'au premier jour. « Ici, c'est un véritable procès-verbal de carence qu'il faut dresser », écrivait en 1919 M. Capitant.

La loi du 1^{er} juin 1924, qui a maintenu en Alsace-

foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie, thèse, Paris, 1933; Michel, *Des imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*, thèse, Dijon, 1904; Paul-Dauphin, *De la réforme de la loi du 23 mars 1855*, thèse, Paris, 1906.

1. 1^o Proposition de loi Dupuy-Dutemps, Brisson et Georges Leygues, *J. O.*, 1894, Chambre S. O., annexe 344, p. 114;

2^o Projet du Comité des Notaires, dans *Circulaires trimestrielles du Comité des Notaires des départements*, t. XI, p. 693, circ. n^o 225 du 5 décembre 1894;

3^o Proposition de loi Thézard, *J. O.*, 1895, Sénat S. O., annexe 8, p. 411;

4^o Projet Darlan, *J. O.*, 1896, Sénat S. E., annexe 2, p. 332;

5^o Proposition Chastenot, *J. O.*, 1900, Chambre S. O., annexe 1741;

6^o Contre-projet Thézard, *J. O.*, 1904, Sénat, S. O., annexe 3, p. 282;

7^o Rapport Girard, *J. O.*, 1907, Sénat S. O., annexe 158, p. 123;

8^o Rapport Violette, *J. O.*, 1909, Chambre S. O., annexe 2256, p. 36;

9^o Proposition de loi Milan, Loubet, Machet et Vallier, *J. O.*, 1921, Sénat S. O., annexe 540, p. 878;

10^o Proposition de loi Richard et Saget, *J. O.*, 1921, Chambre S. O., annexe 3027, p. 2250.

Lorraine les livres fonciers du droit allemand, les adaptant simplement aux règles de notre droit civil, pouvait faire espérer une proche réforme de notre régime de transcription, « réforme, écrivait également à la même époque M. Capitant, qui aurait les plus heureux résultats et qui s'impose d'autant plus aujourd'hui que l'Alsace et la Lorraine vont nous offrir un modèle facilement imitable¹ ».

Mais les projets qui suivirent ne semblent pas s'en être inspirés, sauf peut-être, encore que bien timidement, celui de la Société d'études législatives².

C'est enfin le 30 octobre 1935, après avoir subi pendant quatre-vingts ans des attaques aussi nombreuses que violentes, que la loi sur la transcription est pour la première fois modifiée.

N° 2. DÉCRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935.

Nous nous bornerons pour l'instant à examiner de quelle façon le domaine d'application de la publicité a été étendu.

L'article 1^{er} du décret-loi est venu compléter l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855. Désormais, aux termes de cette nouvelle rédaction, sont transcrits au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens :

1° Tout acte translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ;

2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits ;

3° Tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale ;

4° Tout jugement d'adjudication ;

1. Capitant, « Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans », *Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. I, p. 56.

2. Proposition de loi La'arge et Saget, *J. O.*, 1925, Chambre S. O., annexe 1532 ; « Travaux de la Société d'Etudes législatives », dans le *Bulletin de la Société*, 1928, p. 215 et s. et 1929, p. 55 et s. ; Proposition de loi Bosc, Steeg et Milan, *J. O.*, 1933, Sénat S. O., annexe 332 ; Rapport Pol Chevalier, *J. O.*, 1934, Sénat S. O., annexe 519.

5° Tout acte ou jugement déclaratif de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers;

6° Les attestations notariées destinées à constater désormais les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier;

7° Enfin, tous actes et jugements dont la transcription est prévue par les textes en vigueur.

De cette énumération, il apparaît que deux catégories nouvelles sont maintenant soumises à la transcription : les mutations à cause de mort et les actes et jugements déclaratifs.

Nous étudierons successivement ces deux importantes innovations réalisées par l'article 1^{er} du décret du 30 octobre 1935.

A. *Mutations à cause de mort.*

Nous avons vu que les auteurs de la loi du 23 mars 1855 n'avaient envisagé la transcription que comme un moyen de régler les conflits entre les ayants cause d'un même propriétaire. Un tel conflit était difficilement concevable entre les légataires et héritiers, aussi les mutations à cause de mort avaient-elles été exclues de la publicité.

D'autres raisons avaient aussi motivé cette dispense :

Pour les successions *ab intestat* on invoquait l'absence d'acte, de titre translatif susceptible d'être transcrit, et surtout ce fait, qu'en droit français, la succession opère une dévolution de plein droit, en vertu du vieil axiome : « Le mort saisit le vif »; l'héritier continue la personne du défunt, son titre n'est pas écrit, il a sa source dans la parenté avec le *de cujus* et son droit s'établit en vertu des actes de l'état civil et de la loi.

Sans doute, lorsque la présence de plusieurs héritiers nécessitait un partage, il y avait bien là un acte susceptible d'être transcrit. Mais on estimait que le décès, événement public, était suffisant pour attirer l'attention des tiers et les mettre en garde d'opérations trop rapides.

Dans les successions testamentaires, on aurait pu transcrire le testament. Cependant, le législateur ne l'avait pas exigé, par crainte de sacrifier les droits du légataire d'immeubles. En effet, il peut arriver que seul l'héritier connaisse le testament et qu'il ne le révèle pas tout de suite pour avoir le temps de procéder hâtivement à l'hypothèque ou à l'aliénation de l'immeuble légué, dépouillant ainsi complètement le légataire de la disposition établie en sa faveur. De même, si un créancier avait pris hypothèque sur un immeuble dont son débiteur venait d'hériter, et que ce bien ait fait l'objet d'un legs de la part du défunt, on n'aurait pu admettre que l'hypothèque fût opposable au légataire.

Sans limiter ainsi l'utilité de la publicité aux seuls intérêts privés, tous les projets de réforme de la transcription ont eu pour but d'étendre la publicité aux transmissions par décès dans l'intérêt général, pour permettre d'établir la généalogie juridique de l'immeuble d'une façon plus complète, l'acquéreur ayant tout autant d'intérêt à savoir si le vendeur est devenu propriétaire par transmission à cause de mort que par acte entre vifs.

L'extension de la publicité à ces mutations doit permettre au public d'obtenir du Conservateur des hypothèques « la nomenclature complète de tous les propriétaires successifs d'un immeuble quelles que soient la cause et l'origine de leur propriété », ainsi qu'il est dit dans le rapport du Gouvernement présentant le décret-loi au Président de la République.

Pour la réaliser, le décret-loi s'est borné à supprimer dans l'article 1^{er}, premier alinéa de la loi du 23 mars 1855, soumettant à la transcription « tout acte entre vifs » les mots « entre vifs ». Il étend par là même cette obligation aux actes de transmission à cause de mort, c'est-à-dire aux testaments, partages, licitations, institutions contractuelles immobilières.

Or, le même décret prévoit à l'alinéa 5 du même article 1^{er} la transcription des partages et à l'alinéa 6, la transcription

d'attestations notariées destinées à constater les transmissions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un seul héritier ou à un légataire.

Il y a là deux dispositions qui semblent chevaucher l'une sur l'autre et qui ont provoqué des difficultés d'interprétation quant au titre à soumettre à la transcription, s'il y a un testament : doit-on alors transcrire à la fois le testament (article 1^{er}, alinéa 1) et l'attestation notariée ou le partage (article 1^{er}, alinéas 5 et 6) ?

Tel est l'avis de M. Mazin¹ qui s'appuie sur l'interprétation littérale des textes. Il justifie son point de vue en disant d'une part, que les testaments et institutions contractuelles ne sont définitifs qu'après l'acceptation du bénéficiaire et qu'il faut s'assurer avant de transcrire que le légataire ou donataire a bien accepté et que la disposition n'est pas caduque ; d'autre part, ces actes ne comportent souvent qu'une désignation très imprécise des immeubles, voire même aucune désignation du tout lorsqu'il s'agit d'un legs ou d'une donation portant sur une quote-part de la succession, legs d'une quotité disponible par exemple.

Aussi estime-t-il que le testament ou la donation de biens à venir doit être transcrit avec l'acte même, partage ou attestation notariée, d'où résulteront à la fois l'acceptation du bénéficiaire et la désignation exacte des biens transmis.

M. Savatier, au contraire, prétend qu'on ne saurait déduire de la coexistence de ces deux alinéas qu'une double transcription soit nécessaire : il n'y a lieu de transcrire, suivant le cas, que le testament d'une part, ou que le partage, d'autre part. La transcription de ces actes serait selon lui parfaitement suffisante pour la sécurité des tiers, indépendamment de toute transcription supplémentaire d'attestation notariée qui ne ferait que reproduire les dis-

1. Mazin, *Rép. Gén. Not.*, 1935, n° 24345; 1936, n° 24393.

positions du testament ou les résultats du partage; l'attestation ne serait transcrite qu'exceptionnellement dans le cas où une transmission à un légataire résulterait d'autre chose que de l'acte translatif (le testament), par exemple, lorsque les biens lui demeureraient par l'effet des renonciations pures et simples des héritiers ou de ses colégataires¹.

Ces deux opinions ne nous paraissent pas devoir être retenues, surtout en raison du sérieux inconvénient fiscal qu'elles présentent : le législateur de 1935 a, en effet, exonéré les attestations notariées de tous droits d'enregistrement, droits de transcription et taxe hypothécaire. Les partages ne sont plus soumis qu'à la taxe hypothécaire réduite de 0,25 %. Or, aucun traitement de ce genre n'a été adopté en faveur des testaments dont la transcription donne lieu à des perceptions assez importantes.

D'autre part, la solution de M. Mazin, théoriquement irréprochable, ne paraît pas conforme au désir du législateur, non seulement parce qu'elle est trop coûteuse, mais encore parce qu'elle est sans nécessité pratique, puisqu'elle ne donne aucune garantie supplémentaire aux tiers en compensation de l'augmentation de frais.

Nous préférons nous ranger à l'interprétation des autres commentateurs du décret-loi², consacrée d'ailleurs par la pratique, et d'après laquelle, seul est assujetti à la transcription, le partage ou l'attestation notariée, à l'exclusion des testaments et institutions contractuelles.

Cette dernière solution, qui semble se heurter sans doute à la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du décret-loi, est la plus juridique, la plus pratique, la plus économique et la plus simple. L'intervention d'un officier public dans l'attestation notariée rend la transcription de cette dernière

1. Savatier, *Semaine juridique*, 1935, p. 1398.

2. Bénard, *Revue du Notariat*, 1935, n° 26200; Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 156; François, *Revue hypothécaire*, 1936, p. 310; Négrier et Masounabe, *Recueil civil et notarial Juris-Classeurs*, p. 51; Voirin, *Les Lois nouvelles*, 1936, p. 156.

supérieure à celle du testament. Plus de double emploi, et la coûteuse transcription des testaments et donations sera évitée, sans pour cela que soit diminuée en rien la sécurité des tiers, au contraire : il suffira de viser simplement ces dispositions dans l'attestation notariée ou le partage.

Nous aboutissons donc aux conséquences suivantes, quant au titre à transcrire, pour assurer la publicité des mutations à cause de mort :

Pour les successions *ab intestat*, c'est l'attestation notariée en cas d'héritier unique ; s'il y en a plusieurs, le partage, au moment où l'indivision prendra fin.

Pour les successions testamentaires, l'attestation notariée au cas de légataire unique ; le partage dans tous les autres cas.

B. Actes déclaratifs.

Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs héritiers ou légataires appelés à une succession, le partage qui met fin à l'indivision doit être publié.

La transcription du partage et, en général, de « tout acte ou jugement déclaratif de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers » (article 1^{er}, alinéa 5 du décret), constitue une innovation très importante et pose un problème nouveau dans notre législation. En effet, ainsi que le remarque justement M. Durand¹, la notion de l'acte déclaratif a besoin d'être précisée si l'on veut délimiter le domaine de la publicité. Or, ce n'est qu'incidemment, à l'occasion de l'effet déclaratif de l'article 883 du Code civil, que la doctrine a esquissé une définition de l'acte déclaratif². L'éminent professeur, en donne la définition suivante : « L'acte déclaratif soumis à la transcription

1. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 167.

2. V. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit français*, thèse, Dijon, 1908.

apparaît comme celui dont l'effet propre est d'établir rétroactivement un droit réel immobilier, jusqu'alors latent, au profit du bénéficiaire de l'acte¹. »

Sans chercher à discuter de la valeur du principe déclaratif et en admettant la distinction des actes en déclaratifs et translatifs, nous constatons qu'aux termes de l'article 883, le partage n'opère pas de transmission, chaque cohéritier étant censé avoué succéder seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Mais cet effet déclaratif ne correspond pas à la réalité et n'a qu'un caractère fictif : en fait, il y a bien transfert à l'attributaire des droits de ces coindivisaires, transfert qui doit être porté tout comme tous autres à la connaissance des tiers.

Mais à quels actes s'applique exactement cet alinéa 5 de l'article 1^{er} du décret ?

La plus importante conséquence de l'innovation est d'assujettir à la publicité le partage, c'est-à-dire l'acte qui met fin à une indivision. Jusque-là, il échappait à la formalité, même si ces dispositions contenaient une constitution de servitudes. Il ne recevait qu'une publicité incidente résultant de l'inscription du privilège de copartageant.

Tous les partages doivent maintenant être transcrits pourvu qu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, sans aucune exception, quelle que soit la source de l'indivision, aussi bien le partage d'une société ou d'une communauté, que le partage successoral, sans distinguer non plus si le partage est amiable ou judiciaire, avec ou sans soulte, total ou partiel. Quant au partage provisionnel, nous ne pensons pas que la formalité de la transcription soit nécessaire, puisque la jurisprudence refuse de lui reconnaître l'effet déclaratif². A quoi servirait

1. Durand, *op. cit.*, p. 169.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, n° 698, p. 544.

d'ailleurs cette publicité donnée au partage provisionnel, alors qu'il faudrait la renouveler au moment où interviendrait le partage portant sur la pleine propriété, ou encore à l'occasion de l'accomplissement des formalités légales concernant les incapables (article 840 du Code civil).

Tout comme les partages, les cessions de droits successifs sont désormais soumises à la publicité sans qu'il y ait lieu de distinguer si la cession est à titre onéreux ou à titre gratuit, si elle met fin ou non à l'indivision, si le cessionnaire est cohéritier ou tiers étranger à l'indivision.

Il en est de même des licitations qui doivent maintenant être transcrites aussi bien quand l'adjudicataire est cohéritier ou indivisaire que tiers, qu'elles aient lieu à l'amiable ou devant le tribunal.

La transaction est également un acte déclaratif et, comme telle, n'était pas assujettie à la transcription, sauf dans le cas où le caractère déclaratif disparaissait, un droit immobilier non litigieux étant abandonné par une des parties à l'autre. Désormais, toutes les transactions doivent être transcrites, quelle que soit leur nature, qu'il y ait ou non abandon d'un droit immobilier.

La question s'est posée de savoir si le retrait ne devait pas être considéré comme un acte purement abdicatif et par suite, ne pas être soumis à la loi nouvelle sur la publicité. Certains auteurs ont soutenu cette interprétation, en se basant sur ce que, dans le cas du retrait, il y a eu une transmission déjà assujettie, elle, à la transcription, le retrayant prenant la place du propriétaire originaire¹. Nous estimons au contraire, avec la plupart de la doctrine, que le retrait, entraînant pour une cause nouvelle un anéantissement rétroactif des effets de l'acquisition quant aux droits du retrayé, présente donc bien la caractéristique de l'acte déclaratif et à ce titre doit être transcrit, qu'il s'agisse de retrait litigieux, de retrait d'indivision ou de retrait suc-

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, n° 642.

cessoral — quoiqu'on puisse considérer pour ce dernier, qu'en pratique, la publicité n'aura pas lieu, puisqu'on peut faire transcrire pour obtenir le même résultat l'attestation notariée ou le partage, actes qui sont exonérés des droits de transcription et de taxe¹.

Ce sont non seulement les actes, mais aussi les jugements déclaratifs de propriété ou de droits réels immobiliers qui sont assujettis à la transcription en vertu de l'article 1^{er}, alinéa 5 de la loi du 23 mars 1855.

Les décisions judiciaires échappaient en effet, jusque-là, à la publicité, pour cette raison que, certains jugements d'adjudication mis à part, toutes les sentences appliquées aux questions immobilières présentent un caractère déclaratif.

Sans doute certains jugements bénéficiaient-ils déjà d'un mode de publicité particulier, quand ils anéantissent un acte rétroactivement et font revivre l'état de choses antérieur (jugements de nullité, de rescision et de résolution). Ces jugements doivent être mentionnés en marge de la transcription de l'acte anéanti. Il est évident que les dispositions nouvelles ne les atteignent pas².

N° 3. LACUNES.

Le rapport joint au décret a beau prétendre que désormais les états délivrés par les conservateurs des hypothèques contiendront la nomenclature complète de tous les propriétaires successifs, quelles que soient la cause ou l'origine de la propriété, l'extension de la publicité aux mutations à cause de mort et aux actes déclaratifs, ne suffit pas à combler les lacunes. Certaines mutations restent encore occultes, que les tiers ont cependant tout intérêt à connaître.

1. Mazin, *Rép. général du Notariat*, 1935, n° 24345; Durand, *op. cit.*, p. 172; Voirin, *op. cit.*, p. 175.

2. François, *Revue hypothécaire*, 1936, p. 314.

Ce sont d'abord les conventions verbales translatives ou déclaratives de propriété immobilière. Puisqu'il n'y a pas d'écrit auquel la transcription puisse s'appliquer, les mutations verbales demeurent clandestines. Il serait pourtant possible de transcrire une vente verbale suivant un procédé analogue à celui employé pour son enregistrement et qui consiste en la rédaction sur les registres du receveur d'une analyse de l'opération. Rien ne s'opposerait à ce qu'un bordereau analogue soit rédigé en vue de la transcription.

Si le législateur ne croit pas devoir organiser cette publicité, il serait souhaitable du moins qu'il interdise en matière immobilière les conventions verbales dont la clandestinité constitue un danger pour le public¹.

Ne donnent également pas lieu à transcription les faits qui ne sont pas des conventions bien que la loi y attache le caractère translatif : telles sont les acquisitions de propriété par accession ou prescription.

Les actes confirmatifs, abdicatifs ou rétroactifs continuent aussi à rester exempts de publicité. Sans doute celle-ci présente-t-elle peu d'intérêt pour les actes abdicatifs tels qu'une renonciation à un legs ou à une succession. Mais pour les actes confirmatifs au contraire, il est indéniable que les tiers ont intérêt à savoir que l'acte annulable est devenu inattaquable et que par conséquent le transfert de propriété de précaire qu'il était à l'origine est devenu définitif².

En outre, la situation des tiers reste bien compromise si la transcription n'intervient pas rapidement, notamment dans le cas du partage : la publicité de la transmission est bien alors assurée puisque cet acte est maintenant assujéti à la formalité. Mais quand donc le partage interviendra-t-il ? Il est possible que ce soit dans un délai bref. Cependant il arrive fréquemment qu'il soit différé pendant

1. V. *Dalloz Hebdomadaire*, 2 juillet 1936, « Notes fiscales », p. 45.

2. Jossierand, *Supplément au cours de droit civil positif français*, 1936, p. 43.

une période assez longue, dix, vingt, trente ans, voire même davantage : il est rare en effet qu'une succession soit liquidée et partagée immédiatement après le décès, surtout lorsque le défunt laisse un conjoint survivant et plusieurs enfants : le partage n'intervient alors le plus souvent qu'après le décès de l'époux survivant. Ainsi, au cours de ce long délai, la transmission des biens, qui s'est cependant opérée encore que les héritiers demeurent dans l'indivision, ne sera pas portée à la connaissance du public. Aussi certains auteurs ont-ils souhaité que la publicité soit étendue aux transmissions par décès à plusieurs héritiers.

Enfin il aurait également été utile, ainsi que l'a fait observer M. Durand, de publier les conventions d'indivision, et aussi, comme la loi belge, les règlements de copropriété.

Ainsi, du seul point de vue du champ d'application de la publicité aux transmissions, notre droit est-il loin de présenter le caractère de généralité indispensable à la sécurité des tiers.

§ 2. *Droits réels et charges foncières.*

Il ne suffit pas que les tiers soient renseignés sur la légitimité du titre du propriétaire actuel, il est tout aussi nécessaire qu'ils soient au courant des droits réels et des charges foncières qui affectent l'immeuble qu'ils se proposent d'acquérir.

Les droits réels peuvent en effet soit opérer un véritable démembrement de la propriété, paralysant et limitant le droit du propriétaire, tel l'usufruit, soit, tout en laissant au propriétaire la plénitude de son droit, grever l'immeuble d'une charge qui en diminue la valeur¹.

Encore que la loi du 23 mars 1855 ne mentionne que les

1. Besson *op. cit.*, p. 133.

actes « translatifs » de droits réels susceptibles d'hypothèque, il est évident que les actes « constitutifs » de ces droits sont également soumis à la transcription.

L'article 2 de cette loi prévoit en outre la publicité des actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation : En effet, l'intérêt des acquéreurs comme celui des prêteurs exige que ces charges soient révélées car elles diminuent sensiblement la valeur vénale de l'immeuble¹.

Par contre, les hypothèques ne sont pas assujetties à la transcription : elles ont d'ailleurs un mode de publicité qui leur est propre, l'inscription, ainsi que nous le verrons plus loin.

Il existe aussi d'autres droits qui ne constituent pas à proprement parler des droits réels immobiliers, mais qui cependant affectent la valeur de l'immeuble et en conséquence doivent être portés à la connaissance des tiers acquéreurs : ce sont d'abord les baux que la loi assujettit à la publicité lorsque l'effet doit s'en prolonger au delà de 18 ans² (art. 2-4° de la loi du 23 mars 1855) et ensuite les quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus (art. 2-5° de la même loi).

La publicité organisée pour les droits réels et les charges foncières apparaît, tout comme pour les transmissions, insuffisante pour renseigner complètement les tiers :

La clandestinité demeure la règle lorsqu'il n'y a pas d'acte, lorsque l'acquisition du droit résulte de la loi ou de certains faits. Ainsi sont exclus de la transcription les usufruits légaux, c'est-à-dire la jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants mineurs de 18 ans (art. 384 Code civil), l'usufruit résultant du régime matrimonial adopté par les époux, et les servitudes légales qui existent

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 967, n° 1013.

2. Ce qui rend nécessaire la transcription du bail emphytéotique.

sans qu'il soit besoin d'une convention¹. Il est de même de la destination du père de famille².

Quant au droit de rétention dont la jurisprudence a fait un véritable droit réel, il n'est cependant pas publié. La lacune de la loi a d'ailleurs assez peu d'importance, puisque ce n'est pas le propriétaire mais le créancier qui est en possession de l'immeuble et cette situation est suffisante pour éclairer et mettre en garde les tiers.

Enfin, il nous semble regrettable que les tiers ne soient pas avertis de baux inférieurs à 18 ans, et des quittances ou cessions ne portant que sur une ou deux années de loyers et fermages non échus. Il y aurait lieu à notre avis d'abaisser sensiblement ces limites de 18 et 3 ans, ainsi que l'avaient d'ailleurs proposé les derniers projets de loi sur la réforme de la transcription.

§ 3. *Privilèges et hypothèques.*³

La publicité des privilèges et des hypothèques revêt une importance toute particulière pour la sécurité des transmissions immobilières : les acquéreurs sont intéressés au même titre que les prêteurs à connaître la situation hypothécaire exacte de l'immeuble. Tout comme eux ils ont besoin de savoir si le bien n'est pas déjà grevé d'hypothèques, et dans ce cas d'être renseignés sur le montant des créances garanties eu égard à la valeur de l'immeuble. Il est indispensable que la publicité des sûretés réelles soit générale, sans la moindre exception, et en outre, qu'elle soit spéciale, c'est-à-dire que la sûreté soit individualisée

1. Manuel Gismondi, *op. cit.*, p. 13.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 824.

3. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. III; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et des hypothèques*; Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*; Guillouard, *Traité des privilèges et des hypothèques*; Manuel Gismondi, *op. cit.*, p. 89 et s.; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XII et XIII (Becqué); Troplong, *Privilèges et hypothèques*; Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*.

à la fois quant aux biens grevés et aux sommes garanties, de façon à ce que les tiers acquéreurs puissent traiter en connaissance de cause et ne puissent s'en prendre qu'à eux-mêmes au cas où des difficultés surviendraient avec les créanciers.

Ce concept qui paraît pourtant si naturel était inconnu du droit romain. Un édit de Colbert de mars 1673 organisait la publicité des hypothèques, mais fut bientôt révoqué, puis repris par le droit intermédiaire, pour passer finalement dans le Code civil, non sans d'ailleurs quelques restrictions.

Dans notre droit actuel, la publicité hypothécaire est assurée au moyen d'une inscription renouvelable tous les dix ans, sur un registre public tenu par le conservateur des hypothèques.

Mais ce régime présente encore bien des lacunes, tant au point de vue de la publicité qu'à celui de la spécialité.

Publicité. — Si, en règle générale, les sûretés réelles ne sont opposables aux tiers qu'à la condition d'avoir été publiées, il en est cependant qui sont dispensées de publicité et qui produisent leurs effets indépendamment de toute inscription :

Ce sont d'abord les privilèges généraux de l'article 2101 du Code civil qui sont dispensés de publicité, tout au moins pour l'exercice du droit de préférence (art. 2107 du Code civil).

Quant aux privilèges immobiliers spéciaux (art. 2103 et suivants du Code civil), ils doivent bien être rendus publics, mais leur inscription n'est pas attributive de rang. Ainsi ces privilèges présentent donc cette particularité de rétroagir jusqu'à la naissance de la créance qu'ils garantissent et de venir primer les hypothèques inscrites antérieurement.

Cette rétroactivité est incompatible avec le principe de publicité. Sans doute invoque-t-on pour la justifier des

considérations d'équité et d'intérêt général, il n'en reste pas moins vrai que l'intérêt des tiers exigerait que ces privilèges soient publiés dès leur naissance ou qu'au moins l'intervalle qui sépare la publication de la naissance soit réduit au minimum¹.

Quant aux hypothèques, leur publicité n'est pas plus rigoureusement organisée que celle des privilèges : l'hypothèque légale de la femme mariée et celle des personnes en tutelle sont valables indépendamment de toute inscription (art. 2135 C. civ.). Cette dispense de publicité ne les empêche pas de produire tous leurs effets non seulement quant au droit de préférence mais encore quant au droit de suite.

Cette mesure de faveur a été édictée parce que le législateur voulait protéger ces incapables contre la négligence ou la mauvaise volonté de leur représentant légal, mais elle sacrifie complètement les droits des tiers : l'acquéreur des immeubles du mari ou du tuteur aura beau faire transcrire son titre, l'hypothèque légale restée occulte continuera à grever l'immeuble.

Telles étaient les fâcheuses conséquences de cette clandestinité dans le Code de 1804. Ces inconvénients ont été sensiblement réduits par la loi du 23 mars 1855 dont l'article 8 prescrit, à peine de perdre leur rang, la publicité de ces hypothèques dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle et dont l'article 9 complété par la loi du 13 février 1889 prévoit la publicité des cessions ou renonciations de la femme mariée à son hypothèque.

Le Code civil a d'ailleurs prévu quelques dispositions pour provoquer la publicité de ces sûretés : il a en effet imposé au mari, au tuteur, au subrogé-tuteur et subsidiairement au ministère public (art. 2136, 2137, 2138 Code civil) l'obligation de requérir l'inscription, et d'autre part permis aux parents de la femme mariée et aux parents et amis du mineur ou de l'interdit de la provoquer

1. Manuel Gismondi, *op. cit.*, p. 89.

(art. 2132 Code civil). Mais ces mesures n'ont pas été assorties de sanctions suffisantes, de sorte qu'elles sont à peu près inefficaces.

Sans doute résulte-t-il des dispositions de la loi de 1855 qu'à un moment donné il faudra bien que l'hypothèque légale se manifeste; toujours est-il que jusque-là elle reste clandestine à moins que ne survienne l'un des trois cas suivants qui rendent nécessaire l'inscription :

1^o L'immeuble du mari ou tuteur fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique (Loi du 3 mai 1841, (art. 17).

2^o Il fait l'objet d'une saisie immobilière (loi du 21 mai 1858 modifiant l'article 717 du Code de procédure civile).

3^o A la suite d'une aliénation amiable, l'acquéreur procède à la purge des hypothèques légales occultes (art. 2193 et suivants du Code civil).

Cette opposabilité aux tiers indépendamment de toute publicité ou plus exactement basée sur une publicité intermittente et indirecte est une des parties les plus critiquées de notre régime foncier : les acquéreurs peuvent toujours craindre la révélation d'une hypothèque clandestine grevant l'immeuble acquis soit du chef du vendeur soit du chef de propriétaires antérieurs.

Il est vrai que l'acquéreur peut forcer les bénéficiaires de ces hypothèques à les révéler en recourant à la procédure de purge spéciale prévue par le Code civil pour les hypothèques dispensées d'inscription. Mais cette procédure, compliquée et coûteuse, risque d'entraîner des frais hors de proportion avec la valeur de l'acquisition. De toute façon, ce remède n'existe pas pour ceux qui effectuent une opération autre qu'une acquisition de propriété¹.

Spécialité. — Nous avons dit que non seulement toutes les sûretés réelles devaient être publiées, mais qu'encore

1. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, n° 1216.

elles devaient être déterminées spécialement quant aux immeubles qu'elles grevent et quant aux sommes qu'elles garantissent.

Or notre législation présente encore à ce point de vue de graves inconvénients, puisque les immeubles grevés n'ont pas besoin d'être individualisés, lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale des incapables, de l'hypothèque judiciaire, de l'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les biens des redevables, des privilèges généraux sur les immeubles quand ils sont soumis à inscription, et de l'hypothèque légale des communes et établissements publics.

Ces sûretés grevent tous les immeubles actuellement possédés par le débiteur et tous ceux qu'il acquerra par la suite (art. 2148).

En outre, l'article 2130 du Code civil a prévu l'hypothèque des biens à venir dans un cas exceptionnel certes, mais cette disposition n'en est pas moins inconciliable avec le principe de spécialité.

Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur les imperfections de notre système hypothécaire. Il apparaît pour l'instant que l'acquéreur n'est jamais absolument certain de ce que l'objet de son acquisition n'est pas grevé d'une sûreté réelle qui viendra se révéler un jour. D'autre part, les frais excessifs qu'occasionne la purge ont pour résultat de faire renoncer l'acquéreur à y recourir dans des acquisitions de fonds de peu de valeur, ce qui est souvent le cas de la petite propriété rurale.

§ 4. Causes d'éviction¹.

Reste à savoir maintenant si les tiers acquéreurs ayant traité sur la foi d'un titre transcrit ont désormais la certi-

1. Marinesco, *Etude de la publicité des causes de nullité ou de résolution en matière de transmissions immobilières*, thèse, Paris, 1914; Vincent, *Des causes légales d'infériorité du crédit immobilier*, thèse, Paris, 1915; Manuel Gismondi, *op. cit.*, p. 89 et s.

tude d'avoir réalisé une acquisition solide et s'ils n'ont plus à craindre de la voir leur échapper par suite d'évictions dont la cause leur est actuellement inconnue.

C'est qu'en matière immobilière, il n'y a pas de règle analogue à celle qui protège la propriété mobilière, et qui résulte de l'article 2279 du Code civil « en fait de meubles possession vaut titre ». Si l'acquéreur d'un bien meuble qui a traité de bonne foi avec le propriétaire de la chose se trouve ainsi à l'abri de toute revendication postérieure, les acquéreurs d'immeubles restent exposés à de nombreux risques d'éviction totale ou partielle provenant de leurs auteurs immédiats ou médiats.

On peut d'abord classer ces risques en deux catégories principales :

Il en est qui procèdent d'aliénations ou de constitutions de droits réels antérieurement consenties par l'aliénateur. Est-ce une aliénation ? l'acquéreur sera totalement évincé, car en vertu de la règle « *Nemo dat quod non habet* » ; le vendeur avait perdu le droit de disposer de l'immeuble puisqu'il était déjà sorti de son patrimoine. Est-ce une constitution de droit réel ? L'acquéreur la devra supporter conformément au principe « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* »

C'est, ainsi que nous l'avons vu, la transcription qui prévient les tiers de ce danger.

L'autre catégorie comprend les risques découlant de l'infinité des causes de nullité ou de résolution qui peuvent affecter le droit de l'aliénateur de son chef ou du chef des précédents propriétaires.

Les causes de résolution de la transmission peuvent se rattacher à deux ordres de faits :

Ou bien elles résultent de la volonté des parties manifestée expressément (vente à réméré : art. 1664, 1673, Code civil ; donation avec clause de retour conventionnel : art. 951, Code civil) ou simplement sous-entendue lorsqu'on se trouve dans les conditions de l'article 1184 du Code civil (résolution de la vente pour nonpaiement du prix — art. 1654

du Code civil, révocation des donations pour inexécution des charges art. 954 C. civ.).

Ou bien elles résultent de la loi, qui intervient soit pour protéger certaines personnes qui ont droit à des égards, — ces résolutions semblent d'ailleurs être plutôt interprétatives de la volonté des parties — (rapport des donations art. 930 C. civ.; réduction des donations pour atteinte portée à la réserve, art. 865 C. civ.), soit aussi pour châtier certaines autres (révocation des donations pour cause d'ingratitude, art. 958 C. civ.).

Quant aux causes de nullité¹ elles peuvent provenir :

1° Soit de l'aliénation consentie par un incapable (art. 1124 C. civ.), mineur, interdit (art. 502), personne pourvue d'un conseil judiciaire (art. 499, 313), femme mariée (art. 217), ou lorsque le consentement a été vicié : erreur (art. 1110), dol (art. 1116), violence (art. 1116) et même lésion quand il s'agit d'une vente (art. 1674) ou d'un partage (art. 887).

2° Soit de ce que, au moment de l'aliénation, l'immeuble se trouvait frappé d'inaliénabilité en vertu de la loi ou de la volonté des parties : immeuble dotal (art. 1154 C. civ.), saisi (art. 686 C. proc. civ.), affecté au paiement exclusif des créanciers d'un failli (art. 443 C. com.), ou grevé d'une substitution permise (art. 1048 C. civ.).

3° Soit enfin du défaut, dans le titre qui constate l'aliénation, d'une des formalités prescrites par la loi (art. 931 et suiv. C. civ. pour les donations).

Toutes les causes de résolution ou de nullité qui viennent d'être énumérées, qu'elles agissent de plein droit ou qu'elles soient prononcées par justice, quels qu'en soient l'origine

1. Nous ne nous attarderons pas à la distinction entre l'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative. Rappelons toutefois que la nullité absolue se prescrit par 30 ans et ne peut être couverte que par une confirmation émanant de tous ceux qui ont pris part à l'acte nul. La nullité relative se prescrit par 10 ans. Ainsi l'acte risque l'annulation pendant un délai qui peut être très long.

et le mode d'action, qu'elles soient expresse ou tacites, conventionnelles ou légales, ont pour effet d'anéantir non seulement le droit de propriété de l'acquéreur, mais encore tous ceux qu'il a pu concéder en vertu du titre anéanti¹ : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Pour protéger les tiers contre cette dangereuse rétroactivité des annulations et des résolutions, le procédé qui s'impose est la publicité de toutes ces causes d'éviction. Et, si l'on veut que cette mesure soit pleinement efficace, elle doit s'appliquer à trois époques :

Il faut d'abord, chaque fois que cela est possible, porter le droit de nullité ou de résolution à la connaissance des tiers dès sa naissance, c'est-à-dire avant qu'aucune demande en justice n'ait été introduite. Ensuite, les tiers doivent être mis au courant de l'introduction de la demande en justice. Enfin, les jugements rendus sur ces demandes doivent être également publiés.

Or, la loi française ne pourvoit que très imparfaitement à prévenir les tiers des risques qu'ils courent en traitant avec le propriétaire dont le droit est menacé, et à sauvegarder leurs intérêts :

De tous les droits de résolution, le seul dont la loi du 23 mars 1855 ait organisé la publicité est celui que l'article 1654 du Code civil accorde au vendeur non payé de son prix : si l'immeuble a fait l'objet d'une revente, plus généralement d'une sous-aliénation à l'amiable, l'exercice de l'action résolutoire est subordonnée à la conservation du privilège, et l'action ne peut plus être exercée après l'extinction du privilège au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se sont conformés aux lois pour les conserver (art. 7 de la loi du 23 mars 1855).

Ainsi la publicité de l'action résolutoire est-elle assurée de façon indirecte, l'inscription du privilège portant en

1. Il n'y a d'exception que pour les aliénations consenties par le donataire en cas de rapport (art. 860 C. civ.).

même temps le droit de résolution à la connaissance des tiers, sans même qu'il y soit mentionné expressément.

Cependant cette publicité organisée par la loi de 1855 est loin d'être suffisante : le premier inconvénient résulte de ce que l'action résolutoire reste occulte aussi longtemps que le vendeur n'est pas obligé de pourvoir à la conservation de son privilège par l'inscription. En outre l'action résolutoire peut survivre à l'extinction du privilège en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, ou de sa mort suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Quant aux causes de nullité, la saisie immobilière et la constitution de majorat mises à part, aucune n'est publiée.

Le législateur a-t-il organisé dans de meilleures conditions la publicité des demandes en nullité ou en résolution ? Pas davantage. Elles en sont toutes dispensées et ce n'est que par exception que la loi ordonne l'inscription des demandes en révocation des donations pour cause d'ingratitude.

Il nous reste à examiner maintenant si la publicité des décisions intervenues sur ces demandes est assurée. La loi de 1855 en a reconnu l'utilité : aux termes de son article 4, tout jugement déclarant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit doit dans le mois, à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription. C'est à l'avoué, sous peine d'amende, qu'incombe le soin d'opérer cette mention.

Quant aux fâcheuses conséquences de la rétroactivité pour les tiers, deux atténuations y sont apportées :

Un premier tempérament d'ordre général résulte de l'article 1321 du Code civil qui décide que les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers. De la sorte, si l'acquéreur se trouve en présence d'un vendeur qui lui présente un titre de propriété régulier, il n'aura pas à craindre de voir son droit anéanti par la révélation d'une contre-lettre détruisant le titre apparent¹.

1. Manuel Gismondi, *op. cit.*, p. 35.

D'autre part, la jurisprudence a admis, ainsi que nous l'avons vu, la validité des actes de disposition consentis sur les biens de la succession par l'héritier apparent, ce qui constitue une atténuation certaine des inconvénients du principe d'après lequel nul ne peut conférer à autrui des droits qu'il n'a pas¹.

Et voilà toute la part de notre législation quant à la protection des tiers contre le danger d'éviction.

Sans doute la transcription du titre translatif pourratt-elle, dans une certaine mesure, assurer la publicité de certaines causes de résolution ou d'annulation, tels le droit de réméré, la clause de retour conventionnel et toutes autres clauses résolutoires expresses, puisque ces dispositions sont insérées dans l'acte même soumis à la publicité. Sans doute aussi pour certaines incapacités touchant à la personne a-t-on prévu l'affichage dans l'auditoire des tribunaux et dans les études de notaire.

Mais cette publicité indirecte ne saurait être considérée comme suffisante.

Ainsi en droit français il s'en faut que les causes d'éviction soient portées à la connaissance des tiers de façon à les protéger de toute surprise. Sauf dans quelques rares cas, ils seront dans l'impossibilité d'apprendre par l'examen des registres du conservateur des hypothèques les causes d'éviction qui les menacent.

Section II. — Imperfections de la publicité.

L'étude du champ d'application de la publicité vient de faire apparaître les nombreuses lacunes que le système

1. Colin et Capitant, t. II, n° 681. — Voir aussi Morin, *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et des droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse, Paris, 1902; Milliet, *La propriété apparente*, thèse, Paris, 1901.

français comporte, qu'il s'agisse aussi bien des transmissions de propriété, des constitutions de droits réels immobiliers et des charges foncières que des hypothèques et des causes d'éviction. Le tiers acquéreur a beau consulter les registres hypothécaires, il n'obtient que des renseignements fragmentaires et nettement insuffisants.

Ce n'est pas hélas ! le seul reproche que l'on puisse adresser à notre système foncier : en admettant même que la publicité revête désormais un caractère de généralité, qu'elle soit étendue à toutes les opérations, à tous les événements touchant de près ou de loin la propriété immobilière, ce n'est pas pour cela que les indications fournies par les registres de la conservation des hypothèques donneront un tableau exact de la propriété foncière et permettront d'obtenir une parfaite détermination juridique des immeubles. Les auteurs du décret-loi du 30 octobre 1935 se sont bercés d'illusion en prétendant que « les états délivrés par le conservateur contiendront désormais la nomenclature complète de tous les propriétaires successifs d'un immeuble¹ ».

Notre système comporte encore bien des imperfections et des insuffisances que nous pouvons grouper sous trois chefs principaux : la transcription n'est pas obligatoire, elle n'a pas de force probante et de plus les registres hypothécaires sont d'un maniement difficile.

§ 1. *Caractère facultatif.*

C'est, qu'en effet, avant comme après le décret de 1935, la transcription n'est pas obligatoire.

La loi de 1855 n'avait fixé aucun délai pour l'accomplissement de cette formalité. La soumission des actes à la publicité était abandonnée à la volonté des parties. Sans doute les acquéreurs avaient-ils le plus grand intérêt à

1. Voirin, *Les Lois nouvelles*, 1936, p. 197.

transcrire pour ne pas être évincés par une aliénation postérieure en date à leur propre titre, mais publiée aussitôt. Ce qui n'empêcha pas qu'en France, en 1898, sur 771.454 ventes immobilières, le nombre des transcriptions ne fut que de 501.113¹. Cela tenait d'abord à l'ignorance des parties des effets de la transcription, et aussi à ce qu'il se concluait chaque année au moins 80.000 ventes sur des parcelles de 200 francs et au-dessous et que les paysans se refusaient à supporter les frais de transcription même réduits².

Pour réagir contre cette dangereuse liberté de transcrire ou non suivant qu'il semble, le décret-loi du 30 octobre 1935 a fixé dans son article 3 des délais pour l'accomplissement de la formalité de transcription :

Pour les attestations notariées qui constatent les transmissions d'immeubles à un légataire ou à un seul héritier, le délai est d'un an à compter du décès; pour les jugements, il est de quatre mois du jour où ils sont devenus définitifs; enfin pour tous les autres actes, le délai est de quatre mois à dater de leur enregistrement.

On pouvait espérer qu'ainsi la transcription serait rendue obligatoire. Mais il aurait fallu pour cela qu'une sanction ait été prévue au cas d'inobservation de cette prescription. Or, le décret est muet sur ce point. La lacune est d'importance et rend pratiquement inopérante l'institution des délais.

Aussi l'Administration de l'enregistrement s'est-elle efforcée de créer une sanction en prescrivant aux conservateurs des hypothèques, au cas où ils constateraient de la part des notaires des manquements répétés à l'observation des délais, d'en informer le procureur de la République par l'intermédiaire du directeur départemental pour l'exercice de l'action disciplinaire, le cas échéant³.

1. *Bulletin de statistique et de législation comparée*, 1899, p. 209.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, n° 1025.

3. Instruction n° 4234, § 1^{er}, III, *in fine*.

Remarquons que l'exercice d'une telle action sur avis du conservateur nous paraît bien improbable : elle est d'abord extrêmement délicate à mettre en œuvre, et en outre son exercice ne nous semble guère possible puisque pas plus le décret-loi qu'aucun autre texte n'a imposé aux notaires l'accomplissement de la formalité pour les actes de leur ministère. La Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts en ce sens : c'est aux parties à prendre l'initiative de la publicité et si en pratique les notaires s'en chargent souvent pour le compte de leurs clients, c'est en qualité de mandataires ou de gérants d'affaires.

D'ailleurs la réponse de M. le Ministre de la Justice à une question posée par M. Donon député, donne une solution définitive : « Le décret du 30 octobre 1935 n'a rien changé à cet égard aux dispositions de la loi du 23 mars 1855, qui n'impose nullement l'obligation de transcrire les actes sous seing privé¹. »

Aussi, peut-on considérer qu'aujourd'hui comme avant le décret, la transcription reste purement facultative et que, si les intéressés accomplissent la formalité, c'est non pas par respect des délais qui ont été institués, mais uniquement en considération des effets civils de la publicité.

Il est superflu de revenir sur les déplorables conséquences de ce caractère facultatif, qui préjudicie à l'intérêt public et qui fait toujours courir à l'acquéreur le risque de se voir évincé par l'ayant cause d'un quelconque de ses auteurs.

§ 2. *Absence de force probante.*

A supposer même que toutes les mutations soient portées à la connaissance des tiers, que chaque événement intéressant la propriété immobilière ait été publié grâce au bon

1. *J. O.*, 3 juin 1936, Sénat, Déb. parl., p. 451.

vouloir des nouveaux titulaires des droits, on ne pourrait pas encore dire que l'état civil de l'immeuble soit parfaitement déterminé ni que l'acquéreur ait la certitude d'avoir un droit solide et garanti.

En droit français, en effet, même depuis le décret de 1935, la transcription ne consolide pas la propriété foncière. Elle ne constitue pas un titre irrévocable au profit de l'acheteur. Elle n'est nullement nécessaire pour effectuer le transfert de propriété entre les parties : elle a seulement pour rôle de rendre ces transferts opposables aux tiers ayant sur l'immeuble des droits en concurrence avec ceux de l'acquéreur.

C'est ce qu'exprime l'article 3 de la loi de 1855 dans les termes suivants : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

Le but de la transcription est donc d'établir un rang de préférence, une sorte de priorité entre ayants cause d'un même auteur : par exemple, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, la préférence est donnée à celui qui a transcrit son titre le premier. Ce n'est qu'en ce sens que l'on puisse dire que la transcription consolide les titres d'acquisition.

Mais ce serait une erreur de croire que ce rang de priorité qui ressort de la consultation des registres de transcription suffise à donner toute quiétude aux tiers. Il faudrait pour cela qu'à partir du moment où la transcription est opérée, le titre de l'acquéreur devienne désormais inattaquable.

La loi de 1855 est loin d'avoir attaché une telle valeur à cette institution : la publicité est dépourvue de toute force probante en ce qui concerne la validité du titre qu'elle documente. Elle ne démontre pas le droit de propriété. Elle prouve seulement l'existence du contrat, le fait du

transfert, et donne la priorité à celui qui y recourt le premier. Encore faut-il que le conflit se produise entre ayants cause d'un même auteur. Si, au contraire, il se présente entre personnes tenant leurs droits d'auteurs différents, par exemple un sous-acquéreur et un ayant cause du vendeur originaire, la publicité ne consolide la propriété du sous-acquéreur qu'autant que le titre de son auteur a été transcrit avant celui de l'ayant cause du vendeur originaire.

Mais la publicité n'est d'aucun secours pour savoir si le contrat est ou non efficace. Il faudrait pour cela que le conservateur des hypothèques puisse se faire juge, au moment de la transcription, de la valeur du contrat que l'on veut soumettre à la formalité. Or, il ressort nettement de l'article 2199 du Code civil que le conservateur n'a qu'un rôle purement passif et qu'en aucun cas il ne peut retarder ou refuser la transcription. Si l'acquéreur a acquis l'immeuble d'une personne autre que le propriétaire, rien ne s'oppose à ce que l'acte soit transcrit, et il est évident que ce n'est pas le fait d'avoir publié un tel titre qui peut le rendre propriétaire.

Ainsi les registres de transcription n'ont donc qu'une simple valeur indicative, qui ne donne aucune présomption de véracité à l'acte transcrit. Le seul moyen de prouver le droit de propriété d'une manière efficace, c'est d'établir que le propriétaire actuel et ses auteurs ont possédé l'immeuble pendant le temps nécessaire à la prescription.

Il faut donc remonter la filière des transmissions et pour chacune s'assurer de sa validité. Cette tâche est particulièrement difficile puisque, ainsi que nous l'avons vu, de nombreuses mutations échappent encore à la publicité, que les registres ne mentionnent que celles des transmissions que l'on a bien voulu soumettre à la transcription, et que les recherches doivent être faites jusqu'à trente ans en arrière, heureux encore si quelque cause d'interruption ou de suspension ne vient pas allonger le temps de prescription.

§ 3. *Inconvénients des registres de publicité.*

Le caractère défectueux des registres de publicité a été maintes fois signalés.

La loi de 1855 imposait au conservateur des hypothèques de recopier intégralement le titre sur ses registres, d'où le nom de transcription donné à la formalité. La loi du 24 juillet 1921 est venue décharger les conservateurs de ce travail : aux termes de cette loi, la transcription consiste dans le dépôt simultané à la conservation des hypothèques de deux expéditions ou de deux extraits littéraux, absolument conformes, de l'acte authentique ou du jugement à transcrire, ou de deux originaux si l'acte est privé. L'une des deux pièces est rendue au déposant revêtue de la mention de la transcription, l'autre, rédigée sur le papier spécial fourni par l'administration, est conservée au bureau des hypothèques. Toutes ces pièces sont reliées et forment un volume qui est le registre des transcriptions.

Comme elles reproduisent intégralement, rigoureusement la teneur de l'acte, il en est résulté rapidement un encombrement des bureaux de conservation des hypothèques, et les registres de transcription sont devenus tellement volumineux que les recherches y sont longues et difficiles.

En outre, les intéressés ne peuvent pas consulter directement les registres : ils procèdent par voie de réquisition d'états, états sur transcriptions ou inscriptions, qui sont de simples copies des pièces déposées, établis par le conservateur.

Aussi ces états sont-ils souvent très longs et les frais qu'ils occasionnent sont parfois si élevés que les intéressés hésitent à demander les renseignements pourtant si précieux.

Enfin, dernier inconvénient, nos registres de transcriptions et d'inscriptions sont tenus par noms de personnes.

Aussi pour se faire délivrer un état par le conservateur, le requérant doit-il indiquer non seulement le nom du propriétaire actuel, mais aussi ceux de toutes les personnes qui ont successivement possédé l'immeuble pendant le temps nécessaire à la prescription. Nous avons déjà signalé les difficultés de ces recherches, auxquelles il faut ajouter les dangers provenant de similitude de noms et de prénoms.

Cette organisation par noms de personnes est donc une source d'erreurs et d'insécurité.

Que retenir de cette étude de la détermination juridique de l'immeuble, sinon que la publicité est loin de pouvoir être considérée comme un élément sérieux de sécurité.

Puisque la transcription est sans force probante, on aboutit à ce résultat de faire reposer le droit de propriété sur la prescription. Il faut donc reconstituer la vie juridique de l'immeuble pendant cette période de trente années, établissement de propriété auquel le rédacteur de l'acte doit apporter un soin tout particulier si l'on veut éviter les évictions.

*
* *

Nécessité d'un instrumentum sérieux.

Nous avons terminé l'étude de chacun des trois éléments essentiels de la sécurité des transmissions immobilières, individualisation des personnes, déterminations physique et juridique des immeubles en constatant, d'une part que les principes de notre droit français ne permettaient pas aux acquéreurs d'avoir la certitude de réaliser une opération sûre et un solide placement de leurs capitaux, et, d'autre part, que, devant l'insuffisance de la loi, il fallait s'en remettre au rédacteur de l'acte du soin de procéder à toutes les vérifications nécessaires.

C'est, qu'en effet, en pratique, les transmissions ver-

bales sont bien rares : un acte écrit, *instrumentum*, vient toujours concrétiser l'acte juridique, *negotium*.

Sans doute, dans notre Droit, n'est-il point besoin de rédiger un écrit pour conclure une convention : le simple accord des volontés suffit à obliger les parties et à réaliser le transfert de propriété indépendamment de toute condition de forme. Seulement ce principe du seul consentement déterminateur et translatif présente un sérieux inconvénient : quand un acte juridique est conclu sans formes aucunes, la preuve du contenu de ses clauses et de son existence même devient incertaine, et il ne semble pas que la preuve par témoins puisse être considérée comme un élément suffisamment sérieux et sincère d'acquisition de droits.

Aussi, tout en adoptant le principe du consensualisme, le Code civil l'a-t-il sagement limité en exigeant dans l'article 1341, qu'il soit « passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs même pour dépôts volontaires », la preuve par témoins n'étant admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, de sorte qu'en fait un écrit est toujours rédigé.

Mais ce n'est seulement du point de vue de la preuve de la convention que se justifie l'utilité, la nécessité de l'écrit : nous avons signalé, au seuil de cette étude, les nombreux avantages de la forme, particulièrement à notre époque où l'étendue et la complexité des rapports sociaux exigent que les conventions soient établies avec précision, et que les parties soient protégées contre les dangers inhérents à l'opération, tout spécialement en matière immobilière où les risques d'éviction sont nombreux.

L'établissement d'un acte, *instrumentum*, est indispensable pour l'organisation de la publicité, puisque, par sa définition même, la transcription présuppose la rédaction d'un écrit.

Enfin, l'écrit présente un intérêt tout particulier pour la preuve de la propriété elle-même¹. Sans doute, pour prouver son droit, suffit-il au propriétaire de démontrer qu'il a possédé par lui-même ou par ses auteurs, pendant trente ans, et il dispose à cet effet de tous moyens de preuve, conformément à l'article 1348 du Code civil, sans avoir à produire de titre. Mais une telle preuve est souvent difficile à administrer, notamment si l'adversaire produit un titre ou invoque à son profit une cause d'interruption ou de suspension de la prescription.

En l'absence de titres, le conflit est tranché par la possession. Deux cas peuvent se présenter : le défendeur n'a pas une possession pouvant conduire à la prescription, c'est-à-dire que sa possession n'est pas à titre de propriétaire et comporte des vices, violence, clandestinité, discontinuité, caractère équivoque : le demandeur a alors toute facilité pour prouver son droit (anciens faits de possession, indications cadastrales et témoins)². Si, au contraire, il a une possession à titre de propriétaire et exempte de vices, et que le demandeur ne puisse invoquer à son profit une possession de même nature plus ancienne que la sienne, la présomption de propriété qui couvre le défendeur n'en peut pas moins être renversée si son adversaire produit un titre, c'est-à-dire un écrit antérieur à la possession du défendeur et établissant de façon indiscutable son droit de propriété (acte de vente, donation, partage). La jurisprudence est nettement fixée en ce sens depuis le premier arrêt rendu sur cette question le 22 juin 1864³.

D'autre part, si les adversaires produisent chacun un titre émanant d'un même auteur, c'est la publicité qui règle le conflit, suivant les principes que nous avons

1. V. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, 9^e éd., p. 1025 et s.

2. V. Josserand, *op. cit.*, t. I, p. 805 et s.

3. Civ., 22 juin 1864, S. 64.1.413; Civ., 14 juin 1904, S. 1906.1.391; Req., 2 janvier 1907, S. 1913.1.542. — V. également P. Mendelssohn, *De la preuve de la propriété immobilière*, thèse, Paris, 1922.

rappelés plus haut. S'ils émanent d'auteurs différents, la situation est plus délicate et la solution qui semble prévaloir, quoique la jurisprudence paraisse encore incertaine, est que le différend remonte d'un degré : la preuve de la propriété est d'autant plus facile à établir pour celui qui peut produire le titre de son auteur.

Le Code civil a prévu deux modes de rédaction de l'écrit : l'acte authentique et l'acte sous seing privé. Les principes généraux du droit français étant insuffisants pour assurer la sécurité des transmissions immobilières, tout repose sur les actes. Il faut donc que l'*instrumentum* qui constitue le titre de propriété de l'acquéreur, soit dressé avec un soin extrême et qu'il puisse offrir toutes garanties à son titulaire.

Nous essaierons, dans une deuxième partie, de montrer que seule l'authenticité peut servir de fondement solide à la sécurité des transmissions immobilières, et nous étudierons ensuite les solutions adoptées à ce point de vue par notre droit français et par les législations étrangères.

DEUXIÈME PARTIE

L'authenticité, fondement de la sécurité

CHAPITRE PREMIER

SUPÉRIORITÉ DE L'ACTE AUTHENTIQUE SUR L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ

Tous les auteurs s'accordent à mettre en lumière les inconvénients des actes sous seing privé, et reconnaissent qu'ils constituent la majeure partie des procès et que les régions où leur usage est le plus répandu sont celles où la transmission de propriété est le plus dépourvue de certitude¹.

Seulement, si certains se sont attachés à étudier soit l'acte authentique, soit l'acte privé, soit à établir une comparaison entre eux du point de vue de leurs formes² ou en vue de la publicité, il ne nous semble pas que la question ait été jamais abordée dans son ensemble.

Nous nous proposons de montrer la supériorité de l'acte

1. Amiaud, *Traité formulaire du Notariat*, t. IV, p. 909; Besson, *op. cit.*, p. 163 et p. 460; Bordeaux, *Les nouvelles législations hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918; Chainé, *op. cit.*, p. 246; Defrénois, *Traité-formulaire du Notariat*, t. III, p. 482; *Dictionnaire du Notariat*, t. I, p. 407; Juillard, *op. cit.*, p. 156; Larrieu, *Du danger des actes sous seings privés*, Foix, 1866; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXIX, p. 145; Levivier, *op. cit.*, p. 145; Magnin, *op. cit.*, p. 66; Michel, *op. cit.*, p. 209; Navarre, *De l'authenticité nécessaire pour la publicité des transmissions immobilières*, thèse, Montpellier, 1924, p. 53 et s.; Prouvost, *De l'extension du monopole des notaires dans la rédaction des actes privés*, thèse, Lille, 1928, p. 70 et s.; Rigaud, *Forme des actes notariés et extension des actes solennels*, thèse, Rennes, 1907, p. 141.

2. Frezouls, *De l'acte sous seing privé*, thèse, Toulouse, 1870; Jourdan, *Traité comparatif de l'acte authentique et de l'acte sous seings privés et considérations pratiques sur quelques actes usuels*, Paris, Simonet, 1880; Louise, *De l'acte sous seing privé*, thèse, Caen, 1830; Navarre, *op. cit.*, p. 49 et s.; Pertat, *De l'acte authentique et de l'acte sous seing privé*, thèse, Poitiers, 1882; Prouvost, *op. cit.*; Rigaud, *op. cit.* Thomas, *De l'origine, de l'évolution et de la conception moderne de l'acte sous signatures privées*, thèse, Rennes, 1920.

authentique sur l'acte privé à trois points de vue : quant à leurs formes, quant aux personnes qui les rédigent et quant aux transmissions immobilières elles-mêmes.

Section I. — Au point de vue des actes en eux-mêmes.

§ 1. *Formes.*

L'acte qui constate les conventions des parties est authentique quand il réunit les conditions prescrites par l'article 1317 du Code civil. Cette disposition donne de l'acte authentique la définition suivante : c'est « celui qui a été reçu par un officier public compétent, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises ».

Il doit être rédigé sur papier timbré, en français « en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune ni intervalle », en énonçant en toutes lettres les sommes et les dates (art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI). Les articles 15 et 16 de cette loi prévoient toute une réglementation pour les renvois et apostilles, surcharges, interlignes, ratures et additions. Il doit être daté (art. 12, même loi) et signé des parties, des témoins et du notaire après lecture faite (art. 14). En outre, il doit être soumis aux formalités du timbre et de l'enregistrement.

D'autres solennités sont encore requises, qui concernent la capacité et la compétence de l'officier public qui rédige l'acte : il faut qu'il soit capable, notamment qu'il soit français et qu'il ait l'âge requis, et de plus, qu'aucun empêchement relatif, parenté, limites de circonscription, acte rentrant dans ses attributions, ne vienne s'opposer à sa compétence¹. Ces dernières prescriptions n'exercent

1. Voir loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, complétée par les lois du 21 juin 1843, du 12 août 1902, du 21 février 1926, du 24 février 1928 et du 14 mars 1928, qui a fixé les conditions que doit remplir l'acte authentique pour être valable.

d'ailleurs, à proprement parler, aucune influence sur le formalisme de l'acte.

Contrairement à l'acte authentique, l'acte sous signature privée jouit d'une grande aisance et d'une grande facilité dans sa rédaction.

Cet acte se définit exactement par sa dénomination même : une écriture quelconque au bas de laquelle se trouve la signature d'un simple particulier suffit pour constituer un acte sous seing privé. La signature au bas de l'acte, c'est en principe la seule et unique condition d'existence, mais elle est obligatoire et essentielle. On n'a même pas à tenir compte du moment où elle est donnée : elle peut l'être à l'avance.

Tout le reste est abandonné à la liberté des parties : peu importe que l'acte soit dressé par elles-mêmes ou par un tiers, qu'il soit écrit à l'encre, au crayon ou de toute autre manière, le format ou la qualité du papier, en langue française ou étrangère ou en patois, que les sommes soient portées en chiffres ou en lettres, qu'il y ait des abréviations, des ratures, des surcharges, des interlignes, des lacunes et des renvois. Il n'est même pas non plus nécessaire que l'acte soit daté¹. Cependant, une telle omission qui laisse subsister toute la validité de l'acte, risque de porter une grave atteinte à son efficacité quand il se produit, par exemple, une modification dans la capacité des signataires, la question se posant alors de savoir si l'acte sans date doit être placé avant ou après le moment où l'incapacité est survenue.

Cette liberté totale de formes dont jouissent les parties dans l'établissement de l'acte sous signatures privées ne doit cependant pas leur faire perdre de vue le but qu'elles se proposent d'atteindre, qui est de conserver la preuve de la convention intervenue. Nous venons de voir que la

1. La date est cependant exigée pour le testament olographe (art. 970 C. civ.), lequel n'est d'ailleurs pas un contrat, mais un acte essentiellement unilatéral. Elle est, en outre, exigée pour les polices d'assurances, les lettres de change, les billets à ordre et les chèques.

formalité de la signature ne suffit pas à entourer cette preuve de garanties sérieuses. Aussi la loi exige-t-elle l'observation de certaines autres formalités destinées à assurer aux parties l'égalité de traitement et à éviter les fraudes. Ces formalités varient suivant que la convention est synallagmatique ou unilatérale : dans le premier cas, c'est la formalité de l'original multiple (art. 1325, § 1 C. civ.), et de la mention du nombre d'originaux qui ont été faits (art. 1325, § 3); dans le deuxième, c'est la formalité du « bon pour » ou de « l'approuvé » (art. 1326 C. civ.).

Doit-on déduire de cette comparaison que le formalisme de l'acte authentique soit si encombrant et incommode? Sans doute, l'acte authentique apparaît entouré d'un grand nombre de formalités de rédaction, mais à qui en incombe l'observation, si ce n'est à l'officier public et à lui seul, c'est-à-dire à une personne dont c'est la profession de dresser de tels actes et qui éprouve certainement beaucoup moins de difficultés à les observer et les respecter que les parties elles-mêmes n'en trouvent à rédiger leur acte sous seing privé. D'autre part, ces règles de rédaction précises ne sont-elles pas de nature à favoriser et faciliter la clarté de l'opération intervenue?

Arguera-t-on encore des inconvénients résultant de l'inobservation de l'une des formalités prescrites? S'il existe un défaut de forme, si l'officier public est incapable ou incompétent, l'acte authentique n'en vaudra pas moins comme acte sous seing privé, à la condition bien entendu qu'il soit signé.

Que reste-t-il donc d'ultra-formalisme dans l'acte authentique par rapport à l'acte privé lorsque l'écrit peut être rédigé indifféremment dans l'une ou l'autre des deux formes prévues? Est-ce l'exigence de la date et des signatures, la formalité du timbre et d'enregistrement, la lecture enfin des mentions relatives aux dissimulations? « Ces prescriptions ont dans les deux cas une rigueur et une portée identiques, et si la contravention à certaines règles

de pure forme, traditionnellement, routinièrement respectées du reste, entraîne la nullité de l'acte, c'est encore et strictement la nullité de l'acte notarié qui vaut comme écriture privée, pourvu que la forme authentique ne soit pas une condition de son existence¹. »

Notons d'ailleurs qu'il n'arrive à peu près jamais qu'un acte authentique soit annulé pour défaut de formes ou incapacité ou incompétence de l'officier rédacteur. C'est, au contraire, toujours autour des actes sous seing privé que s'élèvent les conflits relatifs à la forme.

On a vu, en effet, que les actes privés destinés à faire preuve d'une convention synallagmatique, doivent être rédigés « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » (art. 1325, § 1 C. civ.) et qu'en outre, chaque original doit porter « la mention du nombre d'originaux qui ont été faits » (art. 1325, § 3 C. civ.).

La formalité de l'original multiple assure bien aux parties l'égalité de traitement quant à la preuve, mais elle constitue une sérieuse complication pour les contractants qui sont donc obligés de rédiger d'abord un original pour chacun d'eux, puis un autre pour l'enregistrement, un autre enfin pour la transcription, ce qui fait déjà quatre, heureux encore si n'intervient pas à l'opération quelque autre personne ayant un intérêt distinct. On commence ainsi à entrevoir une des raisons pour lesquelles de nombreux actes sous seing privé ne sont ni enregistrés ni transcrits. En outre, l'article 1325, § 4, en cas d'inobservation de la formalité de la mention, prononce la nullité de l'acte comme instrument de preuve.

L'acte authentique ne présente aucun de ces inconvénients : ces formalités lui sont complètement étrangères. C'est encore un avantage de plus à son actif : il ne nécessite qu'une rédaction unique, la minute restant dans l'étude du

1. Navarre, *op. cit.*, p. 57.

notaire suffit pour assurer aux parties une situation égale pour la preuve.

Nous ne voyons pas en quoi les règles de forme de l'acte authentique peuvent le rendre redoutable. Bien au contraire, il constitue pour les contractants le moyen de preuve le plus sûr, en même temps qu'il les libère du souci de dresser péniblement un acte sous signatures privées dont ils devront rédiger de nombreux exemplaires.

§ 2. *Force probante.*

Le caractère qui distingue principalement l'acte authentique de l'acte sous seing privé, c'est que le premier porte en lui-même sa preuve et fait foi par le seul fait de son existence. Il fait foi jusqu'à inscription de faux¹. Avec l'acte authentique, rien à craindre de ceux qui pourraient en contester l'exactitude ou la sincérité. Ou du moins, ceux-ci doivent s'inscrire en faux au greffe du tribunal et entamer ainsi une procédure d'un caractère exceptionnel qui présente pour eux des difficultés et des périls particuliers².

Cette crédibilité exceptionnelle s'étend-elle également à toutes les parties constitutives de l'acte, l'acte authentique se prouve-t-il lui-même avec une égale force, à tous les points de vue et dans toutes ses dispositions?

Bien entendu, ce qu'il prouve tout d'abord, c'est son identité, son origine. La loi présume qu'il est réellement émané de l'officier public dont il porte la signature. « Il est à lui-même son propre introducteur et son garant³. » *Acta probant seipsa*, suivant l'expression de Dumoulin⁴. L'acte notarié, par exemple, par lequel j'ai vendu tel

1. Loi du 25 ventôse an XI, art. 19.

2. V. Code de procédure, art. 214 à 251.

3. Jossierand, *op. cit.*, t. II, p. 98, n° 181.

4. Dumoulin, *Coutumes de Paris*, t. I, n°s 8 et 9.

immeuble prouve donc bien jusqu'à inscription de faux qu'il a été reçu par tel notaire.

Mais bénéficie-t-il de cette même force probante quant aux énonciations qui y sont contenues ? Il y a lieu à cet égard de distinguer entre les énonciations qui proviennent de l'officier public et celles qui émanent des parties.

Le notaire n'est point partie dans les actes qu'il rédige. Il n'est qu'un témoin, chargé de donner un caractère officiel aux déclarations que les parties font devant lui. Tout ce qu'il peut prouver, puisqu'il n'est que témoin, ce sont les faits qui se sont passés en sa présence, par exemple que tel jour, telles personnes ont comparu devant lui, que l'une a vendu tel immeuble à l'autre, que le prix d'acquisition a été payé « à sa vue », que telles conditions ont été stipulées, et que les contractants ont signé l'acte après lecture. Ce sont ces déclarations de l'officier public et celles-là seules, qui font foi jusqu'à inscription de faux.

Mais si quelqu'un veut contester certaines énonciations émanant des parties, par exemple les indications relatives à la contenance de l'immeuble, il est évident qu'il n'a pas besoin de s'inscrire en faux. Les déclarations qui proviennent des parties peuvent être controuvées dans les termes de droit commun. Elles ne font pas plus foi que celles contenues dans l'acte privé.

Quelle est donc alors la force probante de l'acte sous signatures privées ?

Aux termes de l'article 1322 du Code civil, « l'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu, a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ».

L'infériorité de l'acte privé par rapport à l'acte authentique apparaît ici dans toute son évidence. Alors que celui-ci se prouve par lui-même, celui-là ne fait pas foi de son origine. Il n'acquiert force probante que par la reconnaissance ou la vérification de son écriture. Celui à qui on

l'oppose peut désavouer formellement son écriture ou sa signature, et ses héritiers et ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323 C. civ.).

Dans les deux cas, déniée formellement ou simplement méconnue, la signature a besoin d'être vérifiée judiciairement. Une fois cette vérification dûment faite, l'acte privé a à l'égard des parties, de leurs héritiers ou ayants cause, la même force probante que l'acte authentique.

Mais, malgré cette assimilation, la supériorité de l'acte authentique n'en continue pas moins à se dégager nettement.

En effet, même reconnu ou vérifié, l'acte privé ne fait pas foi de sa date vis-à-vis des tiers (art. 1328 C. civ.). Sans doute, et jusqu'à preuve contraire, sa date fait-elle foi entre les parties, mais pour être opposable aux tiers, il faut qu'elle ait été rendue certaine par l'une des trois circonstances suivantes : enregistrement, décès de l'un des signataires, constatation de la substance de l'acte relatée dans un acte dressé par un officier public.

§ 3. *Force exécutoire.*

La suprématie de l'acte authentique s'affirme, en outre, par sa force exécutoire : tout acte notarié en minute contenant obligation de choses certaines et liquides, peut être délivré sous forme de grosse et a ainsi l'exécution parée, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux tribunaux.

Il comporte la même force exécutoire que le jugement et sa force en permet l'exécution dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une décision judiciaire. Les actes de contrainte peuvent donc être entrepris par le porteur d'un tel titre, sans délais, sans frais nouveaux.

Au contraire, veut-on obtenir l'exécution d'une convention constatée par acte privé ? Aucune force exécutoire n'est accordée à celui-ci : il faut s'adresser au tribunal,

et c'est le jugement seul qui permet d'engager les poursuites.

§ 4. *Utilisation et conservation.*

L'examen de l'utilisation et de la conservation des deux modes de rédaction de l'écrit consacre définitivement l'incontestable supériorité de l'acte authentique sur l'acte privé.

Celui-ci, en effet, ne peut être utilisé que dans sa forme originale puisqu'il n'a de valeur probatoire que lorsqu'il est signé des parties. Une copie ne saurait avoir la moindre force probante.

L'acte authentique se rapproche en ce sens, il est vrai, de l'acte privé, quand il est rédigé en brevet. Il est alors remis aux parties pour être utilisé par elles immédiatement : c'est le cas des procurations et des certificats de propriété.

Mais cette forme de brevet est plutôt exceptionnelle. Les actes authentiques sont beaucoup plus généralement rédigés en minute. De la minute, l'officier public ne se dessaisit jamais, sauf dans quelques cas extrêmement rares et de caractère anormal. Elle reste donc dans l'étude du notaire qui en délivre, soit une grosse, laquelle est revêtue de la formule exécutoire, soit des expéditions ou extraits.

Quant à la conservation, on s'explique aisément que l'acte privé soit en général bien mal gardé, puisqu'il ne peut être utilisé qu'en original, soit qu'il se trouve chez les parties, ou qu'il ait été remis à une tierce personne, agent d'affaires par exemple. Il risque ainsi fort d'être égaré, de disparaître et même d'être détruit.

Au contraire, la minute de l'acte notarié demeurant conservée dans l'étude du notaire rédacteur, les intéressés pourront donc toujours en prendre connaissance facilement et se faire délivrer à tous moments des expéditions si besoin est.

Et si jamais par suite d'un accident fortuit ou d'un cas

de force majeure (incendie, guerre), les minutes viennent à être détruites, le notaire dispose encore de divers procédés pour les reconstituer : faire rapporter en son étude une expédition qu'il a délivrée de la minute perdue, prendre un extrait ou une copie des registres de l'enregistrement ou des hypothèques, se faire délivrer par le greffe du tribunal civil une copie du double du répertoire qu'il y dépose chaque année¹.

Section II. — Au point de vue des personnes qui les rédigent.

Si les parties ne veulent pas recourir à un notaire qui rédigera l'acte destiné à constater la convention ?

Sans doute peuvent-elles le rédiger elles-mêmes. Mais dans la réalité des choses, sauf peut-être pour quelques baux et fermages que le propriétaire « a l'habitude de dresser lui-même » — et l'on sait tous les procès qui en résultent — il est rare qu'elles se fient à leurs connaissances personnelles, aux simples lumières de leur bon sens : de plus le propriétaire est méfiant et craint d'être la dupe d'une contre-partie plus habile. Aussi les contractants préfèrent-ils avoir recours à un intermédiaire privé qui leur servira de témoin, d'arbitre : l'agent d'affaires.

On donne généralement de l'agent d'affaires la définition suivante : celui qui, sans aucun caractère public, se charge habituellement de gérer les affaires d'autrui moyennant un salaire. L'agent d'affaires est en somme un commerçant qui se livre, sans qu'aucune compétence spéciale ne soit

1. L'accumulation des minutes peut devenir singulièrement encombrante avec le temps, la loi du 25 ventôse an XI en ayant prévu la conservation indéfinie. Pour désencombrer les études des notaires, une loi du 14 mars 1928 a décidé dans son article 2 que « les minutes et documents de toute nature ayant plus de 125 ans, peuvent être déposés par les notaires ou par les chambres de notaires, soit aux archives nationales, avec l'autorisation du ministre de l'Instruction publique, soit aux archives départementales sur avis favorable du conseil général du département.

requis, à des actes d'entremise. Cette profession est donc à peu près sans limite puisque son domaine s'étend à tout ce qui peut faire l'objet d'un mandat. Les annonces publicitaires de certains cabinets d'affaires sont d'ailleurs convaincantes à cet égard. Cependant la plupart des membres de cette profession sont généralement spécialisés dans les ventes d'immeubles et de fonds de commerce, ainsi que dans les prêts.

À une époque où le droit est en mouvement constant, où les lois subissent des modifications de plus en plus nombreuses, de plus en plus fréquentes, où la complexité des relations d'affaires s'accroît continuellement chaque jour, et où par conséquent le besoin de spécialistes dans toutes les branches de l'activité apparaît comme de plus en plus nécessaire, il est curieux de constater que, malgré ces difficultés croissantes, le nombre d'intermédiaires désireux, sans connaissances spéciales, de gérer les affaires d'autrui augmente sans cesse. Certains d'entre eux vont même jusqu'à s'immiscer dans les fonctions des notaires et faire à ceux-ci une concurrence déloyale¹.

Nous ne prétendons pas dresser ici le procès des agents d'affaires, ni non plus contester qu'il existe parmi eux un certain nombre de praticiens avertis et intègres. Il est d'ailleurs à remarquer que ceux-ci se cantonnent le plus souvent dans le rôle de négociateurs et conseillent à leurs clients de s'adresser aux notaires pour rédiger les actes.

Mais il est également hors de doute qu'il existe aussi une multitude d'intermédiaires sans scrupules, prêts à rédiger n'importe quelle convention frauduleuse moyennant un salaire qui sera d'autant plus élevé que la fraude sera plus grave et qui ne cherchent à connaître la loi que pour mieux en éluder les prescriptions².

1. V. Delespine, *L'immixtion dans les fonctions du notaire et la concurrence déloyale*, thèse, Lille, 1920; Rapport de M^e Voituriez au Congrès des notaires de Pau en 1924 (*Bulletin de l'Association nationale des notaires* du 31 juillet 1924, p. 368 et s.).

2. « Souvent les parties, sous prétexte d'économie, s'en remettent à des

Entre ces deux extrêmes, puisque n'importe qui peut rédiger un acte sous seings privés et qu'il suffit en somme de savoir écrire, une foule de gens ont été attirés par l'appât de retirer ainsi un salaire facile : à côté des marchands de biens, commissionnaires, courtiers, experts en immeubles, on voit huissiers, greffiers, avoués, agréés, voire avocats, ainsi que des instituteurs ou secrétaires de mairie se charger de la rédaction des conventions entre particuliers¹.

On ne s'étonne plus alors des énormités juridiques que l'on peut trouver dans les actes privés : « Un notaire voisin de Paris appelé à établir la propriété d'un domaine a reçu à cette occasion le dépôt de cent actes sous signatures privées dont quatre-vingt-dix étaient nuls ou inexécutables, les uns signés par des témoins pour des parties ne sachant pas signer, d'autres par des tuteurs pour des mineurs, par les maris pour des femmes, d'autres revêtus de croix en guise de signatures, sans énonciations ou avec des énonciations insuffisantes des noms, qualités et demeure des parties, des désignations des biens vendus² » ; on voit un géomètre-expert rédiger un contrat de mariage et dresser la reconnaissance des apports³ ; on voit encore un instituteur rédiger de sa main un testament olographe et le faire signer du testateur en l'assurant que tout est en règle et que ses dernières volontés seront bien exécutées.

Aussi un recteur d'académie a-t-il dû, pour le prestige

agents d'affaires, qui se font d'autant mieux payer qu'aucun tarif ne les gêne et qui s'arrêtent d'autant moins aux détails que leur science juridique est courte et nulle leur responsabilité. Quant au Code civil, ils en connaissent souvent mieux les marges que le contenu. » Chaine, *op. cit.*, note 3.

1. V. rapport de M^e Voituriez, précité. — V. aussi : Jules Rouxel, *La crise notariale*, p. 16 : « Dans les campagnes, l'officine est une salle d'auberge où s'installe l'arpenteur ou l'avocat de village, ancien sergent-major au régiment. Ces demi-savants ne doutent de rien et, outre les lettres qu'ils rédigent, il n'est pas rare le dimanche de les voir publier à son de caisse une adjudication de biens « par-devant eux-mêmes ». »

2. V. *Circulaires trimestrielles du Comité des notaires des départements*, t. II, p. 201.

3. Rapport de M^e Lainé au 23^e Congrès des notaires.

de l'enseignement, adresser aux instituteurs une circulaire ainsi conçue :

« Un certain nombre de vos collègues paraissent s'occuper de la rédaction d'actes exclusivement de la compétence de MM. les notaires... Cette habitude de se mêler d'affaires qu'ils n'ont pas qualité pour traiter est un abus qui a déjà valu à plusieurs instituteurs de sévères avertissements... »

« Je vous interdis d'une manière formelle la rédaction d'actes de vente, donation, partage, transaction, et je vous préviens que la moindre peine disciplinaire que j'infligerai au maître qui ne tiendrait pas compte de cet avertissement sera la suspension avec la privation totale de traitement¹. »

Il n'y a rien, en effet, de plus lamentable et de plus inquiétant pour la sécurité sociale que de lire ces actes privés rédigés le plus souvent à l'aide de l'un de ces « formulaires d'actes sous seings privés » généralement pas à jour, d'où l'intermédiaire tire toute sa science.

C'est que pour établir parfaitement un acte, il ne suffit pas de savoir écrire, de prendre un formulaire et de recopier fidèlement le modèle. Les conditions de capacité, la détermination physique et surtout juridique d'un immeuble, n'apparaissent point dans le formulaire. Quant à l'acte lui-même, l'emploi de la forme privée ne le rend pas plus facile à dresser que s'il était établi en la forme authentique, les formalités propres à cette dernière étant mises à part. Le but que les parties se proposent d'atteindre, les clauses de l'accord, les conditions d'exécution doivent être exprimées clairement, ne pas prêter à la moindre ambiguïté, être déterminés avec autant de précision et de soin, qu'il s'agisse d'un acte privé ou d'un acte authentique.

Or, à notre connaissance personnelle, il n'est pas d'acte privé qui ne contiennent quelque imperfection, quelque clause préjudiciable illicite, superflue ou ambiguë, quand il ne renferme pas encore quelque contresens juridique

1. V. *Circulaires du Comité des notaires des départements*, t. IX, p. 155.

monstrueux. Les sources de contestations y abondent, aussi bien d'interprétation que d'application. Il donne lieu fréquemment à des droits d'enregistrement frustratoires ou à des amendes considérables qui sont bien entendu supportées par les parties sauf à elles à recourir contre le rédacteur.

Le recours contre le rédacteur, voilà une question importante que les parties se repentent souvent trop tard de ne pas s'être posée. Quelle garantie offre donc l'intermédiaire rédacteur de l'acte sous seing privé? Sa fortune et son honnêteté? Nous savons que ce sont là deux garanties qui tendent à devenir illusoires à notre époque, même lorsqu'elles sont offertes par des personnes jouissant d'un grand crédit, qui auront certainement pris soin de mettre leur fortune à l'abri des fluctuations de leur situation, en la faisant par exemple passer au nom de quelqu'un d'autre.

« Les causes du mal peuvent se résumer en quelques mots : absence complète et constante de garantie à tous les points de vue; manque absolu de contrôle; le passé, les antécédents, la moralité, la solvabilité, l'expérience, la compétence, les capacités, le souci des devoirs professionnels,... le respect des intérêts à lui confiés ne sont-ils pas autant d'inconnues chez tout agent d'affaires? Certes oui... Personne n'a le droit de lui demander la preuve de ses dires ou la justification des titres qu'il se donne. Ainsi il se dit jurisconsulte : il faut le croire. Il s'intitule ancien notaire : mais a-t-il abandonné cette carrière volontairement ou à la suite de quelque mésaventure? Mystère ! Le coffre-fort installé en bonne place dans son cabinet est-il vide ou garni? Mystère ! La provision qu'il vous demande de lui verser servira-t-elle vraiment aux démarches nécessitées pour faire votre affaire ou uniquement à alimenter son train de maison? Mystère ! On pourrait continuer longtemps cette série de questions et de réponses dubitatives¹ ».

1. V. l'exposé des motifs d'une proposition de loi présentée en 1887 par

Quelle différence au contraire si les parties se sont adressées à un notaire !

L'intervention de cet officier public donne au transfert une sécurité totalement inconnue dans l'acte privé.

La forme notariée est déjà pour les parties la garantie d'une rédaction minutieusement soignée, d'un énoncé clair et précis de leur volonté et des conditions de l'accord, en conformité avec les prescriptions de la loi. Il leur suffit d'exposer leurs intentions au notaire ; celui-ci leur fait ressortir les avantages ou les inconvénients pouvant résulter de telle ou telle façon de procéder et leur conseille celle qui lui apparaît comme étant, en même temps que la plus respectueuse des lois, la plus favorable à leurs intérêts.

Qui, en effet, peut être mieux qualifié pour rédiger une convention que le notaire : outre les connaissances théoriques et pratiques, aussi bien du droit civil, du droit commercial et administratif que de la procédure, qu'exige l'établissement d'un contrat, le rédacteur doit aussi en prévoir toutes les conséquences qui sont susceptibles de rebondir loin dans l'avenir et de produire maints effets même à l'égard de personnes qui semblent y être complètement étrangères.

De plus, les conventions sont souvent l'objet de déplacement de valeurs, de manipulations de fonds, qui ne peuvent être transférés directement d'une partie à l'autre tant que l'opération n'a pas été complètement terminée, c'est-à-dire tant que les formalités nécessaires à sa pleine validité n'ont pas été accomplies. Pendant ce laps de temps, qui peut être assez long, il est nécessaire que les fonds soient déposés en lieu sûr, sans que les parties puissent subir des difficultés ou des lenteurs pour les retirer.

Enfin, les formalités, hypothécaires notamment, qui peuvent être la suite normale de la convention, qui assurent

son rayonnement et la portent à la connaissance de tous, doivent être effectuées selon la loi, dans les délais prévus.

A ces différents points de vue, l'intervention du notaire procure toutes garanties aux contractants :

Les connaissances théoriques et pratiques, il les a acquises par les études qu'il a faites, par le stage qu'il a accompli, par les examens professionnels qu'il a subis. Nombreuses sont aussi les conditions de moralité auxquelles la loi du 25 ventôse an XI a soumis l'exercice de cette profession, et les garanties dont elle a entouré la nomination du notaire.

D'autre part, on ignore trop souvent que les notaires, quant aux actes qu'ils reçoivent et à leur comptabilité, sont l'objet d'une surveillance étroite, non seulement de la part de leurs confrères, mais aussi de l'administration de l'enregistrement et de la justice¹, et que tout manquement à leurs devoirs entraîne de graves sanctions disciplinaires allant jusqu'à la destitution et la prison.

Enfin, alors que le recours contre l'agent d'affaires ou autre intermédiaire est pratiquement illusoire, le notaire offre aux parties une garantie pécuniaire de tout premier ordre : sa situation de fortune personnelle et la valeur de son office suffisent le plus souvent à donner toute tranquillité aux particuliers, mais en outre une loi du 25 janvier 1934 est venue garantir tout spécialement le remboursement des dépôts reçus par les notaires en raison de l'exercice de leurs fonctions : aux termes de l'article premier de cette loi, si le notaire n'effectue pas le remboursement du dépôt dont il est responsable, celui-ci est assuré par une caisse commune constituée dans le ressort de chaque cour d'appel entre tous les notaires en exercice de ce ressort, et complétée en cas d'insuffisance par une caisse centrale constituée entre tous les notaires de France².

1. Etchecopar, *Contrôle par l'Etat de la gestion notariale*, thèse, Paris, 1933.

2. Sur la responsabilité collective des notaires en matière de dépôts, voir thèses Charrier 1935, Decorps 1936 et Glauds 1936.

Indépendamment de ces nombreux avantages que nous pourrions multiplier à l'infini, notons encore que le notaire s'oppose à la fraude autant dans l'intérêt des parties et des tiers que dans celui de l'Etat et le sien propre.

Lorsque les parties sont livrées à elles-mêmes, il se peut fort bien que l'une se trouve dans une situation telle vis-à-vis de l'autre qu'elle puisse la tromper : outre le dol, les hypothèses de fraude entre contractants sont nombreuses, depuis la fausse déclaration d'état civil jusqu'à la vente de la chose d'autrui et les suppositions de signatures.

Remarquons à ce point de vue que la convention synallagmatique se trouve beaucoup moins protégée contre la fraude que la convention unilatérale : nous savons que peu importe le moment où la signature est donnée dans un acte privé, et que le blanc seing, c'est-à-dire l'acte signé par avance, est parfaitement valable : et si la loi, pour prévenir les dangers résultant de cette pratique, a prévu pour les conventions unilatérales la formalité du « bon pour » et de l'« approuvé » suivie de l'indication de la somme en toutes lettres, aucune prescription de ce genre ne vient protéger la convention synallagmatique contre le blanc seing. Rien à craindre si l'acte est notarié.

D'autre part, le notaire doit donner lecture aux parties des lois relatives aux dissimulations. Alors que l'agent d'affaires encourage le plus souvent la dissimulation pour obtenir un salaire proportionnel à la fraude sans se préoccuper des dangers qu'il fait courir aux contractants, l'officier public protège leurs intérêts en leur exposant, outre les lourdes pénalités, les conséquences juridiques désastreuses qui peuvent résulter pour eux d'une dissimulation de prix, notamment dans l'hypothèse de la vente d'un bien propre, l'époux propriétaire de l'immeuble propre ne pouvant exercer la reprise que du prix qui a été porté dans l'acte.

L'hypothèse de fraude contre les tiers se produit notamment lorsqu'il y a simulacre de vente, c'est-à-dire lorsque, pour soustraire ses biens à ses créanciers, une personne fait

établir, en en conservant seule l'exemplaire pour se prémunir contre l'indélicatesse de son complice, un acte de vente à un acquéreur qui reconnaît par ailleurs, dans une contre-lettre, n'avoir rien acquis.

En dehors de cette éventualité extrême, la contre-lettre, sans détruire l'effet de l'acte ostensible, peut seulement en modifier ou en changer complètement la nature : c'est par exemple une donation qui sera déguisée sous forme de vente et qui permettra de tourner la loi au bénéfice d'un incapable ou encore de profiter d'un tarif fiscal moins élevé.

Il est évident que le notaire, officier public, est l'ennemi de telles pratiques.

Pour l'intérêt de l'Etat, l'intervention du notaire est également bien supérieure à celle de l'agent d'affaires :

D'abord, au point de vue des dissimulations de prix :

S'il s'agit par exemple d'une vente, dont les droits d'enregistrement sont très élevés, les parties, désireuses de payer le moins possible, cherchent à ne porter dans l'acte ostensible qu'une somme inférieure au prix réel. Rien de plus facile, puisque personne n'en saura rien : il suffit de rédiger en même temps que l'acte qui est soumis à l'enregistrement une contre-lettre, portant le prix réel, qui seule fait foi entre elles.

La loi du 27 février 1912 a eu beau prescrire la nullité des contre-lettres portant dissimulations de prix et prévoir de fortes pénalités, la pratique de l'acte sous seing privé n'en permet pas moins aux parties de dissimuler : si le prix est payé comptant, on porte sur l'acte un prix inférieur à la somme réellement versée et le tour est joué. Ou bien encore on établit un acte portant le prix réel que l'on détruit au moment du paiement du montant de la dissimulation pour rédiger alors un nouvel acte indiquant un prix moindre. Dans l'un et l'autre cas, aucun risque pour les parties, puisqu'il ne subsiste aucune trace de la dissimulation, et l'Etat est frustré, à moins bien entendu que l'administration de

l'enregistrement n'estime le prix insuffisant ou dérisoire, ce qui est souvent bien difficile à établir. Les agents d'affaires sont habiles dans cet art.

Au contraire, les droits de l'Etat sont sauvegardés quand c'est le notaire qui rédige l'acte : outre la lecture aux parties qui lui est prescrite à peine d'amende de 180 francs, des lois concernant les dissimulations et des pénalités qu'elles peuvent encourir en y procédant, le notaire en cas de complicité de sa part est menacé de destitution. En outre, puisque ses honoraires sont perçus sur le prix officiel, son propre intérêt n'est-il pas de mettre les clients en garde contre les dissimulations ?

Sans doute est-il inexact de croire que ces prescriptions suffisent à supprimer toutes dissimulations, mais on peut affirmer que l'autorité du notaire et les fâcheuses conséquences qu'il sait faire apparaître aux parties portent celles-ci à réfléchir et que les fraudes sont sensiblement moins élevées dans les actes notariés que dans les actes privés.

D'autre part, l'intervention du notaire a cet avantage de prévenir une fraude courante qui prive l'Etat d'un droit de mutation sur deux, dans l'éventualité suivante :

Il arrive souvent qu'un marchand de biens bénéficie d'une option, c'est-à-dire du droit d'acquérir pour lui ou pour d'autres, moyennant un prix déterminé, tel immeuble avant telle date. Parfois aussi il achète pour son propre compte et revend ensuite l'immeuble en bloc ou par parcelles : l'acte d'acquisition est alors dressé en la forme privée, non enregistré, puis, à la revente, des actes authentiques sont établis qui ne mentionnent que le nom du vendeur originaire et celui des sous-acquéreurs, le marchand de biens n'y apparaissant pas. L'Etat est ainsi frustré du droit de mutation frappant la première vente.

Ainsi, quant aux personnes qui les rédigent, la supériorité de l'acte notarié sur l'acte privé apparaît-elle dans toute son évidence.

M. Réal, dans le rapport qu'il présenta lors de la discussion de la loi du 25 ventôse an XI a d'ailleurs justement souligné l'importance du rôle des notaires :

« Pour établir sur des bases inébranlables le droit de propriété, la liberté civile et le repos des familles, ce n'est pas assez d'avoir institué les tribunaux chargés de prononcer sur les différends que l'intérêt a fait naître, d'avoir placé dans chaque canton et pour ainsi dire auprès de chaque famille un conciliateur, un juge de paix, dont la principale fonction est d'assouplir à leur naissance toutes les contestations, une quatrième institution est nécessaire, et à côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les différends, la tranquillité publique appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils des intéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigent ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir du succès l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes, ce sont les notaires¹. »

1. Divers projets de lois ont été déposés au Parlement en vue d'établir un statut des agents d'affaires, imposant à cette profession des conditions de moralité, de capacité et de stage. Tous ces projets n'ont pas été retenus et à juste titre à notre avis, car ils ne tendent rien moins qu'à créer des officiers ministériels de seconde zone, dénués pour la plupart de toute responsabilité, sans la moindre utilité pour le public. (V. l'intéressant rapport de M^e Ledoux, notaire à Angers, *Bull. A. N.*, 15 avril 1935, p. 213, n° 5840).

Section III. — Au point de vue des transmissions immobilières.

La supériorité de l'acte authentique sur l'acte privé, que nous avons essayé de faire ressortir dans ces deux premières sections trouve sa consécration toute naturelle en matière de transmissions immobilières.

Cette suprématie s'affirme aussi bien au point de vue des facteurs déterminants de la sécurité immobilière, individualisation des personnes, détermination physique et juridique de l'immeuble, que dans la rédaction de l'acte de transmission lui-même, les manipulations de fonds et l'accomplissement des formalités qui en sont la conséquence.

§ 1. *Individualisation des personnes.*

On se rend généralement peu compte de l'importance que revêt en matière immobilière la certitude sur l'identité, la capacité et le pouvoir de celui à qui l'on a affaire.

Les parties rédigent-elles elles-mêmes leur convention, elles sont satisfaites pourvu que la contre-partie leur soit connue. Quant à la capacité et au pouvoir, ces notions particulièrement délicates, qui exigent une parfaite connaissance du droit civil et du droit commercial, leur échappent totalement, tout comme d'ailleurs le plus souvent à l'agent d'affaires qu'elles ont choisi comme rédacteur.

Les notaires, au contraire, procèdent, en cette matière, qui peut engager gravement leur responsabilité, à des vérifications minutieuses :

C'est ainsi qu'ils se refusent à prêter leur ministère tant qu'ils n'ont pas obtenu à ce sujet tous les renseignements nécessaires : ils exigent des parties la présentation de leurs pièces d'identité (carte d'identité, livret de famille, livret militaire, acte de naissance, inscription au registre de com-

merce pour les commerçants, etc.). De plus, quand l'une des parties leur est inconnue, ils la prient de se faire assister de témoins qui certifient son identité, ou bien, en cas d'impossibilité, ils se mettent en rapport avec le notaire de cette personne.

La capacité attire spécialement leur attention : ils demandent aux contractants de leur fournir des déclarations sur leur état civil, qu'ils insèrent dans les actes, et qui sont destinées à faire connaître les faits modificatifs de leur capacité (mariage pour la femme, interdiction, conseil judiciaire, liquidation judiciaire, faillite, etc.) et les circonstances personnelles qui peuvent réagir sur les biens et le grever notamment d'hypothèques légales (mariage, exercice d'une tutelle ou cotutelle, profession de comptable de deniers publics). De plus le tableau des interdits est affiché dans leurs études.

Quant au pouvoir des parties comparantes, la production d'une procuration notariée est grandement de nature à faciliter la compréhension de la volonté du mandant et à éviter les méprises si fréquentes qui sont la conséquence d'un mandat établi en la forme privée.

On peut objecter que le recours contre les témoins certificateurs complices d'un contractant de mauvaise foi est bien illusoire et que rien n'empêche les parties de faire de fausses déclarations d'état civil. Il n'en reste pas moins vrai que l'intervention d'un officier public, qui a tout intérêt lui-même à ce que l'opération soit parfaitement régulière, contribue efficacement à diminuer les risques d'erreurs et que son autorité, la connaissance de ses clients et ses nombreuses relations dans le monde des affaires lui permettent mieux que tout autre, à défaut de casier civil ou de tout autre système réalisant la publicité de l'état civil, de donner à quelqu'un une garantie certaine de l'identité, de la capacité et du pouvoir de sa contre-partie.

§ 2. *Détermination physique de l'immeuble.*

Nous savons que toute erreur, toute irrégularité dans la désignation d'un immeuble, et que toute omission de communiquer la mutation à opérer au cadastre sont la source de malentendus pour les parties et en même temps de graves perturbations pour la société tout entière, le cadastre ne pouvant plus refléter l'état civil de la propriété immobilière, ni le droit de propriété être assis sur une base sérieuse.

Seule une désignation rigoureusement précise et exacte, donnant avec l'indication de la nature du sol le nom de la commune, la section et le numéro du plan cadastral, le lieu-dit, la contenance, les « tenants » et aboutissants », — renseignements qui seront communiqués aux contributions directes en vue de la mutation cadastrale — peut permettre de rendre le cadastre apte à devenir le « grand-livre terrien de la France » et à servir de base à notre régime foncier.

Or, si le cadastre est encore à l'heure actuelle dans l'état défectueux que l'on sait, cela tient pour une large part aux actes sous seings privés.

En effet, ils ne fournissent habituellement quant à la détermination physique des immeubles que des indications vagues et arbitraires. Les désignations reproduisent simplement les dénominations vulgaires dont se servent les propriétaires pour distinguer leurs biens, appellations sans base fixe et généralement connues d'eux seuls. Sans doute, pour les domaines étendus, un tel procédé peut-il parfois suffire, mais les résultats sont désastreux pour les terrains de faible étendue, qu'il devient dès lors impossible de distinguer les uns des autres.

Par contre, les notaires s'entourent, dans la limite de leurs possibilités, des renseignements les plus précis concernant les désignations et les confrontent avec les données du cadastre. Ils sont même autorisés à prendre gratuitement

dans les mairies copie des indications fournies par les matrices et les plans cadastraux¹. De plus, la loi du 20 mai 1915 leur impose l'obligation de déposer au bureau de l'enregistrement en même temps que l'acte de mutation, un extrait sommaire de celui-ci en vue de faire constater la transmission sur les registres cadastraux.

Il eût été utile de soumettre les actes privés à cette même exigence. Le législateur de 1915 n'a pas cru devoir l'exiger en raison de leur insuffisance notoire, mais en a chargé le service de l'enregistrement. Celui-ci établit lui-même les extraits et les communique au service des mutations, sans grande précision d'ailleurs, puisque la source de renseignements est souvent inexacte et confuse, de sorte que les erreurs cadastrales se trouvent les plus souvent aggravées.

§ 3. *Détermination juridique de l'immeuble.*

L'examen des éléments constitutifs de la détermination juridique d'un immeuble nous a montré l'importance capitale de cette condition essentielle de la sécurité des transmissions immobilières.

Nous avons vu qu'un acquéreur n'a la certitude d'avoir affaire au propriétaire actuel que si celui-ci peut prouver son droit de propriété en sa personne et celle de ses auteurs pendant le temps nécessaire à l'accomplissement de la prescription acquisitive.

Aussi l'habitude a-t-elle été prise d'insérer dans les actes ce qu'on appelle une origine ou plus exactement un étalement de propriété.

Cette justification rétrospective du droit d'une personne à la propriété de l'immeuble qu'elle transmet, exige en effet la réunion et l'analyse de tous les titres de propriété ainsi que des recherches relatives aux transmissions qui se

1. Circulaire du Ministre de l'Intérieur du 8 novembre 1911 et du Directeur général des Contributions directes du 4 janvier 1922.

sont opérées sans titre les constatant, mutations par décès par exemple, et cela pour une période remontant à trente années en arrière au moins.

On conçoit aussitôt que la pratique des actes sous seing privé rend cet établissement de propriété souvent difficile : puisque ces actes sont rarement publiés, les statistiques le prouvent, il est impossible de reconstituer la chaîne des propriétaires successifs d'après les seules données des registres du conservateur des hypothèques. En outre, comme ils ne présentent aucune garantie de conservation, il arrive fréquemment que l'on ne puisse même pas retrouver l'acte constatant la transmission.

L'acte notarié affirme là encore sa supériorité ; les notaires, en effet, conservent dans leurs études les minutes des actes passés par eux relatifs aux transmissions précédentes, ce qui leur permet d'établir sans peine l'origine de propriété en se reportant simplement à celle qu'ils ont dressée à l'occasion des transmissions antérieures.

« Chez nous, disait Charles Gide en 1886, les notaires sont la cheville ouvrière de tout le système : comme ils conservent d'ordinaire les mêmes clients de génération en génération, ils réussissent sans trop de peine à reconstituer dans leurs études l'histoire de chaque domaine un peu important et à obtenir du conservateur des états à peu près exacts¹. »

Indépendamment des difficultés de recherches que soulève l'établissement de propriété, l'analyse et la vérification des titres exigent une connaissance approfondie des divers modes d'acquisition de la propriété ainsi que des différentes modalités et réserves dont les transmissions peuvent être assorties, des charges qui peuvent suivre l'immeuble jusqu'en la personne de l'acquéreur.

Bien entendu, cet établissement est aisé lorsque l'immeuble a été transmis de génération en génération par voie de succession à un seul héritier ou que les mutations résultent

1. *Bulletin de la Société de législation comparée*, avril 1886, p. 323.

de ventes moyennant des prix payés comptant. Mais la situation se présente rarement pendant trente ans avec cette simplicité.

La succession peut être dévolue à plusieurs héritiers, certains ont pu y renoncer, certains être incapables, des legs être consentis, un partage ou une licitation effectués qui nécessitent des vérifications délicates.

La transmission provient-elle d'un legs? Il y a lieu de constater si les formalités de délivrance ont été régulièrement remplies, si les droits des héritiers réservataires n'ont point été lésés, si l'exécuteur testamentaire y est bien intervenu.

S'agit-il d'acquisition par donation entre vifs? Il faut se méfier de l'exercice du droit de retour légal ou conventionnel par le donateur de la révocation pour cause d'ingratitude ou d'inexécution des conditions, ou d'une clause d'interdiction de vendre, dans les partages d'ascendants.

Est-ce une vente? Le vendeur était-il mineur ou incapable? Marié? Le bien lui était-il propre? l'aliénation a-t-elle été consentie par une femme mariée? Le bien n'était-il pas dotal? La vente n'a-t-elle pas eu lieu à réméré? Les formalités de purge ont-elles été remplies? Le prix a-t-il été payé comptant, au mari ou à la femme, ou à un représentant de l'incapable, ou aux créanciers? L'échange a-t-il eu lieu avec ou sans soulte et celle-ci a-t-elle été payée?

L'immeuble provient-il d'un apport effectué par un associé, d'une acquisition faite par la société ou du partage de celle-ci?

L'acquisition résulte-t-elle d'une absence? Le jugement d'envoi en possession définitif a-t-il été obtenu¹?

Autant de problèmes, auxquels nous pourrions ajouter beaucoup d'autres, qui nécessitent un examen attentif si l'on veut donner toute sécurité à l'acquéreur, et que le rédacteur de l'acte n'est apte à résoudre qu'autant que ses connaissances juridiques sont précises et approfondies.

1. V. Deyzac, *Traité-formulaire de la propriété immobilière et des établissements de propriété*, Paris, 1900.

Voyons, entre autres, les dangers que présente en cette matière, l'hypothèque légale de la femme mariée :

Supposons qu'un vendeur marié ait procédé seul par acte sous seing privé à l'aliénation d'un de ses biens propres, ou avec le concours de sa femme à la vente d'un immeuble dépendant de leur communauté. Nous savons que tous les biens du mari et ceux de la communauté sont grevés de l'hypothèque légale de la femme et que celle-ci ne peut renoncer à son hypothèque ou la céder que par acte authentique. Donc, dans le cas envisagé, si fréquent en pratique, l'hypothèque légale subsiste. La position de l'acquéreur est donc bien mauvaise : veut-il revendre ou emprunter, sa contre-partie exigera la renonciation de la femme mariée à son hypothèque et il devra recourir à la procédure coûteuse de la purge. La communauté vient-elle à être dissoute, et la femme désire-t-elle profiter du bénéfice de son hypothèque, il risque d'être évincé, ou pour le moins d'être tenu à rembourser l'entière valeur de l'immeuble qu'il a acquis. Au contraire, si l'aliénation avait été consentie par acte authentique, le concours de la femme à l'acte lui aurait donné toute tranquillité.

§ 4. Rédaction de l'acte de transmission.

Manipulation des fonds. Accomplissement des formalités.

L'identité, la capacité et le pouvoir des parties étant vérifiés, l'immeuble déterminé aussi bien physiquement que juridiquement, il importe maintenant que l'acte destiné à constater la transmission soit rédigé avec le plus grand soin.

Or, toutes les transmissions immobilières sont des opérations extrêmement complexes :

La vente, en apparence si simple, exige, outre les conditions de sécurité précédemment examinées, de nombreuses précisions relatives à l'entrée en jouissance, aux baux et fermages, au paiement des impôts, à l'assurance

contre l'incendie et à toutes autres conditions particulières, notamment conventions d'usufruit, pacte de réméré, etc. Quant au paiement du prix, il est susceptible de nombreuses modalités, soit qu'il soit payé comptant, à terme, ou qu'il y ait constitution de rente viagère, ou encore subrogation conventionnelle ou légale.

L'établissement d'un partage est encore beaucoup plus délicat : il est précédé de la constitution des masses des biens, des comptes des fruits et du passif, de la détermination des rapports, des prélèvements, puis des droits des parties. Ce n'est qu'alors qu'intervient la fixation des attributions.

Est-il besoin de dire les avantages et la sécurité résultant dans ces opérations de l'emploi de la forme notariée ?

« C'est un talent rare que celui d'une rédaction claire et prévoyante ; il ne peut appartenir qu'à un esprit droit, versé dans la connaissance des affaires et de la loi, éclairé surtout par une longue pratique ; on le rencontre rarement ailleurs que chez un notaire instruit¹. »

Sans nous attarder plus longuement sur ces nombreux avantages, nous signalerons seulement, outre la sécurité résultant de ce que le concours de la femme mariée à l'acte authentique emporte renonciation à son hypothèque légale, la garantie que donne aux parties l'intervention du notaire dans les manipulations de fonds qui sont la conséquence de l'opération intervenue, notamment à l'occasion du paiement du prix.

Ce paiement est, en effet, la source de difficultés nombreuses dans les actes sous seings privés, même dans l'éventualité la plus simple, celle d'un prix payé comptant.

En effet, si le prix est payé comptant lors de l'échange des signatures, l'acquéreur se trouve dans une position défavorable puisque, si des inscriptions ou transcriptions

1. Championnière et Rigaud, *Traité de l'Enregistrement*, Paris, Hingray, t. I, p. 20, n° 22.

viennent à être révélées, s'étant dessaisi de ses fonds, il devra exercer une action contre le vendeur sans la moindre chance de succès si celui-ci est de mauvaise foi. Quant au vendeur, il a de son côté tout intérêt à recevoir aussitôt son prix, car si l'acquéreur ne fait pas transcrire, il risque de ne plus pouvoir conserver efficacement son privilège si les délais sont expirés.

Mais en admettant que le prix soit déposé aux mains d'un tiers, par exemple de l'agent d'affaires rédacteur, jusqu'à l'accomplissement de la formalité de transcription, la position de l'acquéreur n'en est pas meilleure pour cela : nous avons vu que, pour savoir si un immeuble est libre de tous droits et charges, il faut requérir du conservateur des hypothèques des états de transcriptions et d'inscriptions, qui doivent être établis par noms de personnes. Or, si la réquisition émane des parties elles-mêmes ou de l'intermédiaire, il est fort possible que l'état soit incomplet ou encore qu'une erreur, une simple homonymie, se soit glissée dans la réquisition, et le conservateur y déférant aura beau délivrer un état négatif, l'acquéreur peut encore s'attendre à une fâcheuse surprise.

Aucun de ces inconvénients n'est à craindre avec l'acte notarié, le notaire étant dépositaire des fonds et ne s'en dessaisissant que lorsque les formalités hypothécaires sont accomplies.

Nous arrivons ici à la comparaison des deux formes d'actes du point de vue de la publicité.

Notons d'abord que si déjà peu d'actes privés sont présentés à l'enregistrement, parmi ceux-ci, nombreux encore sont ceux qui ne sont pas transcrits, soit dans un but d'économie, alors que la taxe hypothécaire est déjà perçue lors de l'enregistrement, soit par ignorance des effets civils de la publicité.

D'autre part, il arrive aussi que l'acte privé ne soit présenté à la transcription que dans une intention frau-

duleuse : il s'agit alors de transcription bénévole et de course à la transcription¹.

Le premier cas correspond à l'hypothèse suivante : puisque la transcription est sans force probante et que rien ne peut s'opposer à ce qu'on y soumette un acte complètement faux, il est donc possible à un individu de dresser lui-même un acte privé, inventé de toutes pièces, portant sur un immeuble déterminé, de le présenter à la transcription et de se servir de la mention, apposée sur l'original, de l'accomplissement de la formalité, pour persuader un acquéreur de ce qu'il est bien propriétaire de l'immeuble en question.

La course à la transcription qualifie une opération différente : un vendeur de mauvaise foi, pour toucher deux fois le prix d'un immeuble, réalise rapidement par deux actes privés successifs, deux ventes du même bien moyennant un prix payé comptant. Sans doute, un seul des deux acquéreurs, celui qui transcrit le premier, voit-il son titre validé. Quant à l'autre, il lui reste simplement le bien illusoire recours contre son auteur.

Est-il besoin de dire que ces éventualités ne sauraient être envisagées quand c'est un notaire qui rédige l'acte.

Rappelons enfin, qu'aux termes de la loi du 24 juillet 1921, c'est un original de l'acte privé qui est destiné à demeurer à la conservation des hypothèques ; cet original a beau être rédigé sur le papier spécial fourni par l'administration, il n'en conserve pas moins les caractères de confusion, d'obscurité et d'imprécision qui sont son apanage, ce qui n'est pas fait pour faciliter la tâche et les recherches du conservateur. Quant aux expéditions déposées par le notaire aux fins de transcription, elles sont soumises au contraire à des conditions de rédaction précises, dans le but d'assurer leur conformité à la minute et de leur donner le plus de clarté possible.

1. Navarre, *op. cit.*, p. 87 et s.

Ainsi l'acte authentique nous apparaît donc, tant au point de vue de sa forme et de son rédacteur, que de l'intérêt des transmissions immobilières, comme le seul susceptible de constituer l'*instrumentum* sérieux nécessaire à la sécurité de la propriété foncière.

CHAPITRE II

L'AUTHENTICITÉ IMMOBILIÈRE EN DROIT FRANÇAIS

Nous venons d'essayer de prouver la supériorité de l'acte authentique sur l'acte privé, en insistant spécialement sur ses avantages en matière de transmissions immobilières.

Il a cependant fallu attendre la réforme apportée par le décret-loi du 30 octobre 1935 à notre régime foncier pour qu'il soit question d'authenticité immobilière dans notre droit français.

Avant d'examiner la teneur de ce décret pour savoir quelle est désormais l'importance qui est donnée à l'acte authentique dans les mutations d'immeubles, et de faire la critique de ses dispositions, il nous semble bon d'étudier la situation antérieure.

Section I. — Avant le décret-loi de 1935.

Ce n'est pourtant pas une nouveauté que de parler d'authenticité immobilière.

L'ancien droit a connu l'obligation de l'acte notarié dans les contrats immobiliers : dès le ^{xiii}e siècle, l'ensaisinement se simplifia au point de se confondre avec la tradition; on commença par attacher les effets de l'investiture à une simple stipulation de dessaisine-saisine ou de

constitut possessoire insérée dans l'acte d'aliénation; bientôt, cette clause de style devint elle-même sous-entendue, et l'on en vint à considérer la passation d'un acte notarié comme l'équivalent d'une tradition.

Dans le système de l'appropriance par bannies usité en Bretagne, le contrat d'acquisition était insinué au greffe de chaque juridiction royale, puis l'acquéreur devait prendre possession de l'immeuble et le faire constater par acte notarié.

D'autre part, la déclaration foncière prévue par la loi du 9 messidor an III devait être attestée devant notaire à peine de nullité.

La loi du 11 brumaire an VII étant muette sur le point de savoir si les actes privés pouvaient être admis à la transcription, des doutes s'élevèrent. Ces actes furent exclus par une décision du ministre de la Justice du 25 pluviôse an VII. Mais la Cour de cassation les admit par deux arrêts du 23 messidor an X et du 27 nivôse an XII.

Cette admission résulte d'ailleurs indubitablement des dispositions des articles 1322 et 1582 du Code civil, ce qui n'empêcha pas les mêmes doutes de se reproduire.

Ils furent définitivement levés par un avis du Conseil d'Etat du 12 floréal an XIII dans le sens de l'admission.

Lors de la grande enquête hypothécaire de 1841, de nombreuses cours et facultés se prononcèrent pour l'exclusion des actes sous seings privés¹.

Lors de la discussion de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, la question se posa à nouveau, de savoir s'il ne fallait pas refuser d'admettre les actes sous seing privé à cette formalité, ou du moins en interdire l'accès aux actes privés non reconnus en justice ou par devant notaire. Le Corps législatif s'y opposa formellement, sous prétexte de ne pas porter atteinte à la liberté des contrats².

1. V. Martin du Nord, *Documents hypothécaires*.

2. V. rapport de De Belleyme, cité dans Mourlon, *Transcription*, t. I, Introduction.

Quant aux nombreux projets de loi qui se sont succédé à la fin du siècle dernier en vue d'améliorer notre système foncier, ils n'ont envisagé qu'une extension du domaine d'application de la publicité : proposition de loi Thézard du 28 octobre 1895, Darlan du 27 octobre 1896 fondues en une seule et même loi le 29 mars 1904; projets Chastenet du 22 juin 1900, du 4 mars 1903 et du 6 novembre 1906; tous ont voulu étendre la publicité aux mutations par décès et aux actes déclaratifs en proposant, soit de maintenir la publicité personnelle avec un cadastre perfectionné, soit de créer des livres fonciers. Mais aucun d'eux ne s'est occupé de la forme des actes à soumettre à la transcription.

Projet de loi Richard et Saget¹.

C'est en 1921, pour la première fois, qu'est présenté à la Chambre, par MM. Richard et Saget, députés, un projet de loi ayant pour but, non seulement comme les précédents, d'étendre le champ d'application de la transcription, mais en outre, « de réglementer la forme des actes à transcrire, qui ne seront plus acceptés à la transcription que s'ils sont authentiques, ou authentiquement certifiés ou constatés par décision de justice ».

Dans l'exposé des motifs précédant cette proposition, MM. Richard et Saget justifient l'utilité de cette mesure : aucune dérogation n'est apportée aux règles du Code civil sur la preuve du consentement entre les parties contractantes en matière immobilière. S'ils proposent de rendre nécessaire la forme authentique pour tous les actes relatifs à des accords immobiliers, c'est uniquement dans le but de « rendre service aux familles françaises et à l'Etat en mettant de la sécurité et de l'ordre dans les mutations immobilières ».

1. *J. O.*, 1921, Chambre S. O., annexe n° 3027, p. 2250.

L'authenticité est une garantie pour les contractants et une nécessité, si l'on veut que les mutations cadastrales soient faites avec soin et régularité. D'autre part, dans les actes privés, les dissimulations se pratiquent exclusivement au détriment des finances de l'Etat et aussi au détriment des contractants qui ne tardent pas à s'en apercevoir, notamment lors des liquidations de communauté.

Le texte de ce projet fut renvoyé à la Commission de législation civile et criminelle et l'objet d'un rapport favorable de M. Oudin¹.

Proposition de loi Jenouvrier².

L'année suivante, le 14 décembre 1922, M. Jenouvrier dépose au Sénat une proposition de loi dont l'article dispose que tous les contrats translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière doivent être rédigés dans la forme authentique devant notaire.

Dans l'exposé des motifs, le sénateur montre que le nombre des agents d'affaires augmente, depuis qu'ils prétendent faire faire des économies aux clients, et que parallèlement les dissimulations augmentent et frustreront le Trésor de rentrées importantes. De plus, les actes privés sont très mal rédigés, ce qui constitue un danger sérieux pour les parties.

Ce projet propose une règle nouvelle : il y est question en effet d'actes rédigés dans la forme authentique « devant notaire », ce qui exclut donc les magistrats des adjudications d'immeubles : M. Jenouvrier estime que ceux-ci sont bien qualifiés pour trancher les différends entre citoyens, mais guère pour procéder à des adjudications, qu'au contraire, les notaires recherchent avec un soin que ne peuvent con-

1. Rapport Oudin du 4 avril 1922.

2. *J. O.*, 1922, Sénat S. E., annexe 757.

naître les magistrats, les acquéreurs éventuels, et que les ventes à la barre sont moins productives que celles qui ont lieu devant notaire¹.

Ce projet fut renvoyé à la Commission de législation civile et criminelle.

*Proposition de loi Lafarge et Saget*².

La proposition de loi Lafarge et Saget du 7 avril 1925, relative à la transcription des mutations immobilières, a simplement repris dans son article 2 les propres termes de celle que M. Saget avait déjà présentée en 1921 avec M. Richard sur la forme des actes : seuls sont admis les actes authentiques, authentifiés ou constatés par justice.

La commission de législation civile examina la proposition dans sa séance du 1^{er} février 1928 et repoussa le principe de l'authenticité obligatoire, tout en se montrant favorable pour toutes les autres dispositions. Mais il apparut aussitôt aux commissaires que si l'on retirait la condition préalable d'authenticité, le système perdrait entièrement sa valeur.

Aussi la commission se réunit-elle à nouveau le 22 février suivant, et M. Barthou, alors ministre de la Justice, déclara accepter le principe de la proposition de loi et ses dispositions essentielles. La commission adopta donc le texte de la proposition intégralement, et par conséquent la nécessité de l'authenticité. M. Jean Bosc fut désigné comme rapporteur³.

Inscrit à l'ordre du jour de la Chambre sous réserve qu'il n'y aurait pas de débat, le projet de loi dut être retiré

1. On peut rapprocher de ce projet celui de M. Brousse déposé à la Chambre le 30 novembre 1922, relatif à l'authenticité obligatoire des ventes et cessions de fonds de commerce (*J. O.*, 1922, Chambre S. O., annexe n° 5173; p. 394).

2. *J. O.*, 1925, Chambre S. O., annexe n° 1532.

3. *J. O.*, 1928, Chambre S. O., annexe n° 5614, p. 783.

sur l'opposition de M. Lesaché, qui avait déposé un amendement tendant à exempter de l'obligation de l'acte notarié les mutations inférieures à 5.000 francs¹.

La fin de la législature ne permit pas à la Chambre de reprendre la question, sans d'ailleurs qu'aucun vote hostile n'ait été émis contre cette idée.

Au cours de la législature suivante, sur l'initiative du comité de rédaction de la *Revue politique des Idées et des Institutions* dont M. Lafarge était alors président, la même proposition fut reprise par MM. Guilhaumon et Bosc, mais la fin de la législature la rendit caduque encore une fois.

Proposition de loi Bosc, Milan et Steeg.

Rapport Pol Chevalier.

M. Jean Bosc, devenu sénateur, reprit à nouveau avec MM. Steeg et Milan la proposition Lafarge et Saget, dont il avait été le rapporteur en 1928 et déposa son projet au bureau du Sénat, le 29 mai 1933². Soumis à la Commission de législation civile, il subit quelques modifications et fit l'objet d'un rapport de M. Pol Chevalier déposé le 4 juillet 1934³.

Ces derniers travaux méritent particulièrement de retenir notre attention, puisqu'ils ont inspiré le décret-loi du 30 octobre 1935.

Proposition de loi Bosc, Milan et Steeg.

Cette proposition s'intitule « relative à la transcription obligatoire des actes translatifs et déclaratifs de propriété

1. V. *Bull. Ass. nat. des Notaires*, 31 octobre 15 novembre 1935, n° 6112.

2. *J. O.*, 1933, Sénat S. O., annexe n° 332, p. 874.

3. *J. A.*, 1934, Sénat S. O., annexe n° 519, p. 855.

immobilière et à la réfection et la tenue à jour du cadastre par les notaires ».

Après avoir étendu l'obligation de la transcription aux actes déclaratifs et aux mutations à cause de mort, elle pose le principe de l'authenticité obligatoire et en justifie la nécessité pour les raisons suivantes :

L'intérêt général exige que la publicité des mutations soit méticuleusement assurée et que le registre de transcription et les matrices cadastrales donnent en se combinant et en se complétant mutuellement, l'identité juridique et physique de la propriété immobilière.

Or, il y a des praticiens naturellement désignés pour remplir cette tâche économique et sociale : ce sont, pour la transcription les conservateurs des hypothèques, et, en outre, les notaires, avoués et autorités administratives; pour le cadastre, les contrôleurs des contributions directes.

Leur action convergente permettrait un établissement et une publication régulière des mutations, en même temps que les risques de nullité seraient amoindris et diminués les chances de paiement irrégulier.

En outre, non seulement les parties ont tout à gagner à s'entourer de la garantie que leur donnent les notaires et avoués chargés de la rédaction des origines de propriété, mais la nécessité de recourir à leur ministère s'impose si l'on veut que la transcription des titres au bureau des hypothèques soit rendue obligatoire, car il y aurait de cette façon des agents responsables de l'accomplissement de la formalité. De même, la mutation au cadastre serait opérée sous la responsabilité du contrôleur des contributions directes.

Cette réglementation profiterait également au Trésor puisqu'elle gênerait la pratique des dissimulations dans les prix de vente. L'Etat, faisant alors des recouvrements plus importants sur l'impôt frappant les transmissions immobilières, ne serait pas obligé d'augmenter sans cesse le taux des droits pour compenser la perte qu'il éprouve du chef

de cette évasion fiscale et les parties seraient moins tentées de faire des dissimulations qui en définitive compromettent la conservation de leur patrimoine.

Seuls seraient admis à la transcription les actes authentiques ou authentifiés, c'est-à-dire déposés en l'étude d'un notaire et transformés en véritables actes authentiques par une reconnaissance ou une vérification d'écritures, et enfin les actes constatés par décision de justice passée en état de force jugée.

Quant aux actes sous seing privé, ils continueraient donc à valoir entre les parties, mais devraient acquérir la forme authentique, soit par dépôt notarié, soit par jugement pour y être admis.

Cependant l'extension de l'obligation de transcription aux actes déclaratifs et aux mutations à cause de mort, soulève des difficultés d'application pratique, notamment pour les transmissions d'immeubles ou de droits immobiliers par testament ou succession *ab intestat*, quant à la pièce à fournir au conservateur des hypothèques pour transcrire ces mutations; on ne peut, en effet, comme le prescrit la loi du 24 juillet 1921 pour les actes entre vifs, effectuer le dépôt simultané à la conservation des hypothèques de deux expéditions ou de deux extraits littéraux, absolument conforme de l'acte à transcrire, puisqu'il n'y a pas d'acte du moins en matière de succession *ab intestat*.

Aussi les auteurs du projet ont-ils d'abord pensé qu'on pourrait, pour celles-ci, se contenter d'une simple mention apposée sur le registre des dépôts de toute déclaration de succession, mention établie d'office par le conservateur sur le vu d'un extrait qui devrait lui être adressé par le receveur de l'enregistrement.

Mais ils ont écarté cette solution, estimant à juste titre, que les indications résultant des déclarations de mutations par décès, ne peuvent faire foi par elles-mêmes et qu'il est nécessaire d'en contrôler l'exactitude.

Il fallait donc chercher un contrôleur : or il y en a un tout indiqué : le notaire de la succession.

La preuve de la mutation serait alors faite par la délivrance d'une attestation authentique de propriété établie par le notaire sur le vu d'un inventaire, d'un acte de notoriété et de toutes autres pièces justificatives. Puis le notaire déposerait à la conservation de la situation des immeubles deux expéditions de cette attestation en se conformant à la loi du 24 juillet 1921.

L'emploi du même procédé serait prévu pour la mutation résultant d'un testament.

Pour permettre d'effectuer la mutation au cadastre, la proposition impose au notaire et à l'avoué, ce dernier pour les transmissions résultant d'une décision de justice, l'obligation de faire parvenir, dans certains délais, par pli recommandé, au contrôleur des contributions directes de la situation des immeubles, une attestation authentique de la transmission indiquant notamment la commune, la section et le numéro du cadastre concernant les biens transmis. D'autre part, dans la huitaine de la réception de ces documents, le contrôleur devrait en envoyer récépissé au notaire, ou à l'avoué, ou aux autorités administratives suivant le cas, puis à la fin de sa tournée générale annuelle, leur délivrer un certificat constatant que la mutation a été opérée sur la matrice cadastrale.

Enfin, il est prescrit qu'il ne peut être fait mention dans un acte authentique ou public, ni usage dans une instance d'un acte ou jugement sujet à transcription s'il n'est justifié que cette formalité a été préalablement accomplie, à moins qu'il ne soit indiqué qu'elle aura lieu en même temps que la transcription du dit acte authentique où il en est relaté. Ainsi les transcriptions non opérées dans le passé pourraient-elles être peu à peu régularisées.

Rapport Pol Chevalier.

Dans ce rapport M. Pol Chevalier approuve entièrement, sauf sur quelques points de détail, la proposition de loi de M. Jean Bosc.

Envisageant la question de l'obligation d'un acte authentique ou authentifié, il avoue que partisan convaincu de la liberté des conventions et des principes du droit consensuel consacrés par le Code civil, il avait tout d'abord « cédé à un mirage juridique peu favorable » aux prescriptions de la proposition de loi. Mais la considération du champ d'application de cette obligation l'a amené à changer d'avis.

« Sans doute est-il parfaitement logique que lorsqu'un contrat n'affecte que les personnes ou ceux de leurs biens qui sont mobiles comme elles, le seul accord des parties suffit pour faire leur loi, mais lorsqu'il s'agit de fixer l'assiette de la propriété immobilière qui doit l'être non seulement *inter partes* mais *erga omnes*, pour les besoins de l'ordre et du crédit, les accords doivent être revêtus de l'autorité indiscutable que seuls peuvent donner les actes authentiques ou authentifiés constatant ces accords. »

Ce rapport fut renvoyé pour avis à la Commission des Finances.

Nous ne voudrions pas terminer cet historique de l'authenticité immobilière sans avoir examiné le système en vigueur en Alsace-Lorraine, et dit quelques mots sur le projet de la Société d'Etudes législatives.

Système en vigueur en Alsace-Lorraine.

L'Alsace-Lorraine, après 1871, conserva le régime foncier français jusqu'en 1900, date de l'introduction du Code civil allemand dont l'organisation foncière est toute différente de la nôtre, puisqu'elle repose sur un système de livres fonciers d'après lequel toutes les opérations concernant les droits réels immobiliers ne sont rendues valables que par leur inscription sur ces livres.

Mais dès avant l'avènement du Code civil allemand, une loi du 31 mars 1884 avait ordonné la révision du ca-

dastre en Alsace-Lorraine. Puis une autre loi du 24 juillet 1889 vint prescrire que toutes les aliénations et les partages d'immeubles devaient être passés devant les notaires ou les tribunaux pour pouvoir être inscrits au livre foncier.

Un problème délicat se posa au législateur français après 1919 : allait-il maintenir l'organisation allemande ? Ou bien introduire à nouveau le système de la loi de 1855 ? Ou bien encore adopter une solution intermédiaire ?

Une commission présidée par M. Siben, premier président du Tribunal supérieur de Colmar et composée de MM. Julliot de la Morandière, Capitant, Gaudemet et Schisselé se réunit à Strasbourg pour étudier cette question et déposa devant la Chambre le 9 mars 1921 un projet de loi qui consacrait un système mixte, maintenant le livre foncier allemand¹ et revenant au principe français du transfert de propriété par le seul consentement.

Ces deux principes pouvaient paraître inconciliables puisque l'inscription de la transmission au livre foncier est une condition de sa validité et qu'on y attache une autorité bien supérieure à celle de notre transcription, ce qui justifie d'ailleurs l'obligation de l'authenticité du droit allemand. Cependant la commission n'a pas osé imposer l'acte authentique estimant qu'en France la pratique de l'acte sous signatures privées était trop généralisée. Aussi a-t-elle proposé la solution suivante : l'acte privé serait valable entre les parties, ce qui respecterait notre règle du *solus consensus*, mais il ne pourrait donner lieu à inscription qu'à la condition d'avoir été déposé en l'étude d'un notaire.

L'expérience faite en Alsace-Lorraine de l'authenticité pendant près de quarante années avait été si concluante et ses avantages si déterminants que de vives critiques

1. Notons d'ailleurs qu'il existait en Alsace-Lorraine en 1922, 370 livres fonciers définitifs, 157 livres fonciers provisoires et 1.247 livres de propriété, ces deux dernières catégories se rapprochant assez sensiblement de son registres de transcription. (V. Morel, *Le régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Paris, Sirey, 1922, p. 23, note 1).

s'élevèrent aussitôt contre cette disposition, de sorte que la commission dut modifier son projet et faire intervenir le notaire non plus à titre de dépositaire mais bien comme rédacteur de l'acte destiné à l'inscription. Ce système a été adopté par la loi du 1^{er} juin 1924 portant introduction du droit civil français dans les départements du Bas-Rhin, Haut-Rhin, et Moselle, dont l'article 42 est ainsi conçu :

« Tout acte entre vifs, translatif ou déclaratif de propriété immobilière, et tout acte entre vifs portant constitution ou transmission d'une servitude foncière ne peuvent faire l'objet d'une inscription que s'ils ont été dressés devant notaire.

« L'acte souscrit sous une autre forme doit être suivi, à peine de nullité, d'un acte authentique où, en cas de refus, de l'une des parties d'une demande en justice et cela dans les six mois qui suivent la passation de l'acte.

« Sont assimilés aux actes notariés les actes émanant des tribunaux ou des autorités administratives ».

En outre, l'article 43 de la même loi prescrit aux notaires, greffiers ou autorités administratives de requérir eux-mêmes l'inscription des droits résultant des actes qu'ils ont délivrés.

Ainsi en Alsace-Lorraine le seul consentement suffit entre les parties, qui peuvent constater leur accord par acte privé si elles le désirent. Mais pour pouvoir requérir l'inscription qui est nécessaire pour rendre la transmission opposable aux tiers, il faut qu'un nouvel acte soit rédigé par un notaire dans les six mois qui suivent l'établissement de l'acte privé. Passé ce délai l'inscription ne peut plus être prise.

Donc, les actes sous signatures privées constatant les transmissions immobilières deviennent nuls même *inter partes*, si, dans les six mois de leur date, ils n'ont été transformés en actes authentiques ou suivis d'une demande en justice en cas de refus de l'une des parties.

Projet de la Société d'Etudes législatives.

Nous ne saurions passer sous silence les remarquables travaux de la Société d'Etudes législatives sur la réforme du régime foncier¹. Le projet qui en est la conclusion contient d'intéressantes innovations notamment en matière de privilèges et d'hypothèques mais n'apporte guère par ailleurs de remèdes à l'insuffisance de la publicité foncière.

Le problème de l'authenticité y est à peine abordé et le principe en est d'ailleurs écarté pour les raisons suivantes : il a semblé à la Commission chargée d'étudier la question que « quel que soit l'avantage que présente l'intervention du notaire en cette matière... un projet interdisant les actes sous seing privés heurterait trop les habitudes acquises, porterait atteinte à trop de situations acquises pour avoir des chances d'aboutir². »

Il nous semble en fait que si ce projet peut paraître si timide à certains, c'est que ses auteurs se sont volontairement arrêtés à une solution transitoire permettant d'attendre l'établissement en France d'un régime ayant pour base le livre-foncier.

Section 2. — Le décret-loi du 30 octobre 1935.

L'introduction de l'authenticité dans notre système foncier résulte des dispositions de l'article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 sur la réforme de la transcription.

Notons tout de suite que cette réforme est intervenue de façon indirecte et inattendue, puisqu'elle fait l'objet d'un de ces décrets que le gouvernement de M. Pierre Laval a été autorisé à prendre par la loi du 8 juin 1935 en vue

1. *Bull. Société d'études législatives*, 1928 et 1929.

2. *Bull. de la Société d'études législatives*, 1928, p. 232.

d'assurer la défense du franc et la lutte contre la spéculation¹.

Si on lit le rapport qui en précède la teneur, le décret-loi modifiant la transcription a pour but de conjurer et frapper « les fraudes qui privent chaque année le Trésor des ressources importantes, en même temps que d'assurer une plus grande sécurité dans les transactions d'immeubles et d'établir avec plus de certitude les origines de propriété en vue d'un meilleur fonctionnement du régime des hypothèques et d'une mise à jour plus précise du cadastre. »

« Dans l'intérêt même des parties et pour assurer la pleine sauvegarde de leurs droits » les auteurs du décret-loi ont « décidé, sans aucunement porter atteinte au principe du libre établissement des contrats, d'astreindre certains des actes sujets à transcription à la formalité du dépôt préalable en l'étude d'un notaire. L'accomplissement de cette formalité permettra, par l'entremise indispensable d'un officier public, la vérification de l'identité et de la capacité des parties, de l'exactitude de la situation des biens et de la régularité de l'origine de propriété, pour tous actes, même pour ceux qui ne revêtent pas la forme authentique. »

Enfin, le système proposé « aura pour effet d'assurer une publicité foncière intégrale par la mise à jour automatique du cadastre, sans qu'il en résulte aucune charge nouvelle pour l'Etat. Les états délivrés par les conservateurs contiendront désormais, la nomenclature complète de tous les propriétaires successifs d'un immeuble quelles que soient la cause et l'origine de leur propriété. »

« Ce résultat sera atteint sans qu'il soit nécessaire de le prévoir expressément dans le présent texte par l'application des prescriptions de la loi du 20 mai 1915 aux nouveaux actes soumis à la transcription. »

« En bref, le système envisagé permettra aux parti-

1. *J. O.*, 9 juin 1935, Déb. parl., p. 611.

culiers d'établir, d'une manière simple et rapide, leurs droits de propriété, facilitera les transactions, évitera les erreurs et les omissions trop fréquentes dans les actes de transmissions et donnera à l'Administration la possibilité d'exercer à tout instant un contrôle efficace des opérations dont elle a la charge¹. »

Indépendamment des dispositions des articles 1^{er} et 3 du décret-loi ci-dessus étudiés qui ont élargi le domaine d'application de la transcription et prétendu rendre cette formalité obligatoire, l'article 2 de la loi du 23 mars 1855 a été complété par l'article correspondant du décret-loi qui y ajoute *in fine* le paragraphe suivant :

« Sauf pour les actes visés dans les numéros 4 et 5 du présent article, ne sont admis à la transcription prévue par les dispositions qui précèdent et l'article premier, que : les actes authentiques, les actes sous signatures privées, déposés au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature, et les décisions de justice devenues définitives. »

Voyons tout d'abord quels sont « les actes visés dans les n^{os} 4 et 5 » de l'article 2 et qui sont exclus des dispositions prévues par le nouveau texte :

Ce sont les baux d'une durée de plus de dix-huit années (n^o 4) et les actes ou jugements constatant, même pour des baux de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus (n^o 5).

Comme par le passé, ces actes sont donc admis à la transcription, sans avoir besoin d'être établis en la forme authentique, ni d'être déposés au rang des minutes d'un notaire s'ils sont rédigés sous la forme privée. Bien entendu les baux de moins de dix-huit ans et les cessions ou quittances portant sur moins de trois années de fermages ou loyers non échus qui seraient volontairement présentés à

1. *J. O.*, 30 octobre 1935, p. 11463.

la transcription bénéficient de la même liberté quant à leur établissement et leur soumission à la formalité.

Ces deux catégories mises à part, le texte ajouté *in fine* à l'article 2 de la loi du 23 mars 1855 s'applique à tous les actes translatifs et déclaratifs de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers, aux actes portant renonciations à ces mêmes droits, ainsi qu'à toutes conventions relatives aux droits d'antichrèse, de servitudes, d'usage et d'habitation.

Et le conservateur doit donc refuser la transcription de ces actes s'ils ne sont authentiques ou déposés au rang des minutes d'un notaire.

Aux termes de l'article 1317 du Code civil, l'acte authentique étant « celui qui a été reçu par un officier public compétent » (notaire, greffier, officier d'état civil) rentrent donc dans cette catégorie et comme tels sont aptes directement à la publicité¹ :

1° Les actes notariés ;

2° Les actes judiciaires, c'est-à-dire ceux que les juges dressent dans l'exercice de leurs fonctions : jugements, sentences arbitrales, procès-verbal de conciliation du juge de paix, etc.

3° Les actes extra-judiciaires, c'est-à-dire les exploits d'huissiers et plus généralement tous actes qu'ils sont appelés à dresser dans les limites de leurs attributions, ainsi que les procès-verbaux dressés par un juge au cours d'une procédure.

4° Enfin les actes administratifs, dressés par un fonctionnaire public en conformité de l'article 1317 du Code civil, auxquels il y a lieu d'ajouter les actes reçus dans des circonstances spéciales, par exemple les testaments des militaires (voir art. 981 du Code civil).

L'admission de ces diverses sortes d'actes à la transcription ne demande aucun commentaire particulier, pas

1. Instruction de l'Administration de l'Enregistrement du 12 décembre 1935, n° 4234 relative à l'application du décret, § 1, n° 2.

plus d'ailleurs que celle des décisions de justice : celles-ci n'y sont admises que lorsqu'elles sont devenues définitives, c'est-à-dire passées en force de chose jugée.

Toutefois, parmi les actes notariés il en est un nouveau, prévu à l'alinéa 6 de l'article premier de la loi de 1855, qui mérite, en raison du laconisme du législateur de 1935, des explications complémentaires : c'est l'attestation notariée « destinée à constater désormais les transcriptions par décès d'immeubles ou de droits immobiliers à un légataire ou à un seul héritier ».

Nous étudierons ensuite la très brève disposition qui soumet les actes privés au dépôt au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature.

§ 1. *Attestation notariée.*

Nous avons vu que les auteurs des premiers projets de loi sur la réforme de notre système foncier s'étaient heurtés, en voulant étendre la transcription aux mutations par décès, à une importante difficulté pratique¹ :

Quel document pouvait-on présenter à la publicité ? Sans doute y avait-il bien dans les successions testamentaires un titre susceptible d'être transcrit, le testament². Mais pour les transmissions *ab intestat*, l'héritier tenant son droit de sa seule parenté avec le défunt, il n'y avait pas de titre d'héritier à publier.

Aussi certains projets proposaient-ils la solution suivante : utiliser la déclaration de succession faite à l'Enregistrement et en faire transcrire un extrait à la Conser-

1. Il semble même que cette difficulté ait constitué pour le législateur de 1855 le plus gros obstacle à l'admission de la publicité des mutations à cause de mort.

2. Divers projets avaient adopté le principe de la transcription de testaments (Thézar, Darlan, projet voté par le Sénat en 1908).

vation des hypothèques. Ce procédé aurait, disait-on, l'avantage d'assurer la publicité d'une façon sûre et simple sans l'intervention des parties ni aucun frais à leur charge, puisque le receveur communiquerait lui-même l'extrait au conservateur.

Mais la déclaration de succession pouvait-elle être considérée comme un document sérieux présentant toutes garanties d'exactitude aussi bien des qualités héréditaires que de la désignation des immeubles et leur origine de propriété ?

Nous rappelons ici notre comparaison entre la forme privée et la forme authentique : si les déclarations de succession sont établies par le notaire, elles donnent tout apaisement au receveur de l'Enregistrement sur la valeur et la précision des déclarations et énonciations qui y sont faites. Rédigées au contraire par les héritiers eux-mêmes ou par leur agent d'affaires, elles présentent alors tous les inconvénients habituels des actes sous seing privé : Or le receveur ne dispose d'aucun moyen de contrôle et ne peut relever que les sous-estimations de biens préjudiciables au fisc, il n'a même pas le droit d'exiger du déclarant la justification de sa vocation héréditaire¹.

Les inconvénients pouvant résulter d'une telle insécurité n'ont pas échappé aux auteurs des propositions de loi plus récentes, qui ont prévu pour les mutations par décès la transcription d'une attestation authentique de propriété établie par le notaire et transmise par ses soins à la Conservation des Hypothèques.

C'est également cette solution qui a été adoptée par les auteurs du décret-loi du 30 octobre 1935.

1. V. Chaine, *op. cit.*, p. 145.

Domaine d'application.

L'attestation notariée est exigée aussi bien pour les successions *ab intestat* que pour les successions testamentaires, bien qu'il y ait là un testament¹.

D'autre part, son champ d'application est strictement limité aux transmissions à un légataire ou à un seul héritier, à l'exclusion des successions dévolues à plusieurs ayants droit, les transmissions résultant de celles-ci étant portées à la connaissance des tiers par la transcription de l'acte, partage ou licitation, qui met fin à l'indivision.

Devant le laconisme du décret, il y a lieu de chercher à préciser les cas où la rédaction de l'attestation notariée est nécessaire :

On peut poser d'abord la règle générale suivante : dans tous les cas où il n'y a pas indivision, l'attestation prévue doit être établie.

Cela ne saurait faire de doute, lorsque la succession tout entière est dévolue à un seul successible, héritier ou légataire, tout comme lorsque, même s'il y a pluralité de successibles, l'ensemble des immeubles ou tel immeuble déterminé ont fait l'objet d'un legs en faveur d'un seul successible.

Mais la question ne se présente pas toujours avec cette simplicité.

1^o Supposons que le défunt laisse un enfant comme seul et unique héritier et son conjoint qui a droit à un usufruit légal portant sur une quote part des biens. Aucun doute n'est possible : l'attestation notariée doit être établie puisque, s'il y a jouissance indivise, il n'y a pas d'indivision quant à la nue-propriété qui est entièrement dévolue à l'enfant².

Peu importe d'ailleurs que l'usufruit soit légal ou testa-

1. V. *supra* p. 37.

2. Voirin, *Les Lois nouvelles*, 1936, p. 176.

mentaire, ou qu'encore un testament ait institué un légataire pour l'usufruit et un autre pour la nue-propriété : il n'y a pas davantage indivision, et le nu-propriétaire doit faire dresser l'attestation.

2^o Mais que décider si, dans le premier cas envisagé, le conjoint n'est plus simplement usufruitier légal mais donataire ou légataire par exemple d'un quart en pleine propriété et d'un quart en usufruit? Il y a beau n'y avoir qu'un seul héritier, dans les termes de l'alinéa 6 de l'article premier de la loi de 1855, il n'y a pas lieu à délivrance d'attestation notariée : le texte même de l'alinéa 6 vise en effet les transmissions à un légataire *ou* à un seul héritier, ce qui exclut par conséquent les transmissions à un légataire *et* à un seul héritier.

Point d'attestation non plus lorsqu'un héritier unique est en concours avec un légataire à titre universel, ou un héritier réservataire avec un légataire universel, puisqu'il y aura un jour un partage qui sera soumis à la publicité.

3^o S'agit-il d'une succession ouverte après décès d'un époux commun en biens laissant un héritier ou légataire unique, et qui ne comprend que des immeubles communs? Il n'y a bien là qu'un seul héritier, mais pour la même raison que ci-dessus, c'est le partage entre le conjoint survivant et l'héritier qui sera publié.

4^o S'il arrive que par suite de la renonciation des autres, il ne reste plus qu'un seul successible, la dévolution doit être constatée par attestation notariée.

5^o Si l'immeuble est transmis à plusieurs héritiers, c'est le partage qui sera transcrit, puisque l'attestation n'est prévue que pour les transmissions à un « seul » héritier. L'adjectif seul ne s'appliquant pas dans le texte au mot légataire, faut-il voir là une distinction volontairement établie et tendant à faire croire que dans certains cas l'attestation notariée serait exigée lorsqu'un immeuble serait légué conjointement à plusieurs légataires? Nous ne le pensons pas.

Nature de l'attestation et rôle du notaire.

On peut concevoir l'attestation notariée comme un simple avertissement du décès, un constat de ce que les biens possédés par le défunt ont été transmis à ses héritiers par le fait du décès.

Le rôle du notaire consisterait alors uniquement à attester la régularité de la transmission à telle personne des immeubles dont le défunt était le possesseur apparent et notoire, sans autrement rechercher à savoir si véritablement il était bien propriétaire et si son droit de propriété était parfaitement établi.

Dans une telle conception¹, il suffirait au notaire de dresser un acte de notoriété indiquant la qualité de l'héritier et donnant simplement la désignation des immeubles sans en établir l'origine de propriété. L'attestation notariée établie ensuite viserait l'acte de notoriété et le notaire y certifierait que les immeubles tels que le défunt les possédait, se trouvent maintenant, par le fait du décès, être la propriété de son héritier.

Pour justifier cette solution, on fait état du décret du 4 juin 1936 concernant les honoraires alloués au notaire pour ces attestations : le décret lui donne droit à un honoraire par rôle de minute, qui est un honoraire fixe. Or c'est celui-là même qui est alloué par le tarif légal en matière de déclaration pure et simple, c'est-à-dire lorsque le notaire reçoit un acte par lequel quelqu'un fait connaître soit sa propre volonté, soit l'existence d'un fait ou d'une convention, sans qu'il en résulte obligation ou transmission.

A égalité d'honoraires, égalité de responsabilité et l'attestation notariée doit simplement constater, sur la déclaration de l'héritier ou du légataire, que la succession

1. V. en ce sens : Bénard, *Rev. Not.*, n° 26200.

comprend tels immeubles et que ceux-ci lui appartiennent désormais.

Si l'on avait voulu lui donner un autre caractère et obliger le notaire à vérifier l'origine de propriété des immeubles et à certifier ensuite que le défunt en était bien propriétaire, le décret lui aurait alloué l'honoraire proportionnel prévu par le tarif en matière de certificats de propriété.

Nous nous refusons à admettre une telle solution qui ne donnerait aucune garantie aux tiers et qui ne nous paraît guère conforme au but de sécurité poursuivi par le législateur.

Une autre interprétation qui recueille l'adhésion de la majorité des commentateurs du décret-loi¹ attribue au notaire un rôle, une mission et une responsabilité toute différente : dans cette conception consacrée d'ailleurs par la pratique², l'attestation notariée est assimilée à un véritable certificat de propriété : le notaire ne se contente pas de constater la dévolution, il certifie la transmission à l'héritier ou au légataire des immeubles compris dans la succession ou le legs, après avoir vérifié la validité du droit de propriété du défunt.

Ainsi les notaires se sont volontairement imposés des recherches et analyses des titres de propriété du défunt, qui sont souvent longues et difficiles, et risquent d'engager gravement leur responsabilité, sans qu'ils reçoivent une rémunération en rapport. Du moins cette attitude active leur donne-t-elle à notre avis le droit de se refuser à délivrer l'attestation tant que l'héritier n'a pas présenté tous titres et autres documents justificatifs de ses qualités héréditaires et du droit de propriété de son auteur.

Forme et contenu.

Le décret-loi n'a pas davantage précisé la forme et le contenu de l'attestation notariée.

1. V. Mazin, Nast, François, Négrié et Masonnable, *op. cit.*

2. V. rapports de M^e Briquet et M^e Thiron, dans *Bull. Association nationale des notaires* du 30 juin 1936, p. 386.

Si l'on admet, comme nous venons de le faire, que le notaire a un rôle actif, qu'il dresse un véritable certificat de propriété, l'attestation doit être établie dans une forme voisine de celle de cet acte, par exemple comme un certificat de propriété de titres nominatifs.

Le décès est rappelé dans un attendu, puis sont visées les différentes pièces sur lesquelles l'officier public se fonde pour établir le droit de l'héritier ou du légataire et démontrer la dévolution : acte de décès, acte de notoriété, testament, délivrance de legs, envoi en possession, renonciation à succession ou à communauté, et en général tous actes desquels résulte la transmission.

Vient ensuite la désignation des immeubles qui sont dévolus : cette désignation est établie sur les déclarations de l'héritier ou du légataire qui doit intervenir à l'acte. Le notaire en vérifie l'exactitude et la complète au besoin : il faut en effet, si l'on veut que les tiers puissent facilement identifier les biens transmis, que les indications cadastrales ne soient pas omises, sinon l'attestation n'aurait plus guère d'utilité du point de vue de la publicité des mutations. En outre, la désignation doit être accompagnée d'une évaluation des immeubles et droits immobiliers transmis¹ identique à celle donnée dans la déclaration de succession² et qui sert de base à la perception du salaire du conservateur des hypothèques.

Les diverses formules d'attestations données par les formulaires notariaux ne font généralement pas mention de l'origine de propriété. Il nous semble cependant qu'il y a tout intérêt à ce que cet établissement soit effectué : en effet, les titres de propriété antérieurs peuvent porter en eux-mêmes un vice qu'il serait peut-être possible de couvrir en accomplissant les formalités nécessaires. Mé-

1. V. *Bull. Association nationale des notaires*, 31 décembre 1935, n° 6224, p. 1013.

2. Si la succession n'a pas encore été déclarée, l'évaluation est faite sous toutes réserves (*Recueil civil notarial*, 20 mars 1936, p. 155).

me si ces vices ne peuvent être couverts, l'attestation doit les faire connaître, car il est indispensable à notre avis que l'héritier ou le légataire d'abord et les tiers ensuite soient parfaitement au courant de la situation juridique quelle qu'elle soit. Et le notaire peut refuser de dresser l'attestation si les vices constatés révèlent la mauvaise foi du possesseur, ainsi que le dit justement M^e Briguet dans son rapport de juin 1936 précité.

Enfin, le droit de l'héritier étant démontré, les immeubles étant déterminés et évalués, leur origine de propriété établie, il ne reste plus au notaire qu'à attester que par suite du décès ces immeubles ont bien été transmis à l'héritier.

La question s'est posée de savoir si l'attestation doit être rédigée en brevet ou en minute.

M. Maguet estime que c'est la rédaction en brevet qui s'impose, comme étant la plus économique. Il suffit simplement de remettre le brevet au conservateur des hypothèques contre reçu sans qu'il soit besoin d'appliquer ici les prescriptions de la loi du 24 juillet 1921¹.

Tout en estimant que la rédaction en brevet est possible et qu'il serait suffisant d'en dresser un double pour la transcription, M. Mazin juge préférable d'établir l'attestation en minute, car cet acte concerne des immeubles et il peut devenir nécessaire de le consulter par la suite par exemple à l'occasion d'un établissement de propriété².

La pratique notariale a adopté la rédaction en minute. Celle-ci apparaît d'ailleurs comme la seule conforme à la loi du 24 juillet 1921 qui exige le dépôt à la conservation des hypothèques de deux expéditions de l'acte à transcrire. Or, on ne peut délivrer d'expédition d'un acte reçu en brevet.

1. Maguet, *Journal des notaires*, 1936, n° 38667 3.

2. Mazin, *Rép. gén. not.*, 15 décembre 1935, art. 24345, n° 13. — V. aussi *Rec. civ. et not.*, 20 mars 1936, p. 155, § 13.

Régime fiscal, formalités et honoraires du notaire.

L'article 7 du décret-loi du 30 octobre 1935 a édicté pour les attestations une mesure de faveur : leur enregistrement est gratis. Notons d'ailleurs, ainsi que le fait observer l'instruction de l'Enregistrement relative à l'exécution du décret¹, que cette dispense ne porte que sur le droit d'enregistrement et non pas sur la formalité, qui reste nécessaire. En conséquence, l'attestation doit être rédigée sur timbre.

Conformément à la loi du 20 mai 1915, le notaire, en la présentant à l'enregistrement, doit y joindre l'extrait sommaire destiné aux Contributions directes pour opérer la mutation sur les registres cadastraux.

Quant aux expéditions elles sont établies dans les mêmes conditions que celles d'un acte de vente d'immeubles, par exemple.

Un décret du 4 juin 1936 a complété le décret-loi de 1935 qui n'avait rien prévu au sujet des honoraires dus aux notaires pour l'établissement des attestations notariées et les a fixés dans son article 2 de la façon suivante :

« Les attestations notariées destinées à constater les transmissions par décès d'immeubles ou de droits réels immobiliers à un légataire ou à un seul héritier prévus par l'article premier (6°) du décret du 30 octobre 1935 donnent lieu à perception de l'honoraire de dix francs par rôle de minute, fixé à l'article 21 des décrets du 25 août 1898 modifiés par l'article 9 des décrets du 29 janvier 1927, sans toutefois pouvoir dépasser 50 francs.

« Le notaire est tenu de faire opérer la transcription des attestations notariées ci-dessus visées sans pouvoir exiger d'autre émolument. »

Il est permis de regretter qu'étant donné l'attitude active prise par le notaire dans la rédaction de l'attestation notariée qu'il établit exactement comme un certificat de propriété, le législateur n'ait pas cru devoir lui allouer l'hono-

1. Instruction précitée du 12 décembre 1935, § 2, 1.

raire proportionnel prévu pour cette catégorie d'actes, l'honoraire par rôle de minute n'étant prescrit que pour les simples déclarations.

Sans doute a-t-il voulu éviter des frais élevés. Mais alors le but est manqué : cet honoraire fixe ne constitue pas en effet un allègement pour les parties, puisque les petites successions comme les plus importantes y sont assujetties, avec maximum de 50 francs, ce qui est trop pour les premières et insuffisant pour les secondes eu égard aux graves responsabilités que le notaire est susceptible d'encourir.

§ 2. *Actes sous seing privé déposés au rang des minutes d'un notaire.*

Outre les actes authentiques et les décisions de justice devenues définitives, l'article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 admet à la transcription les actes sous seing privé, mais seulement à la condition qu'ils soient « déposés au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature ».

Aucune explication complémentaire n'étant fournie par le texte du décret, il importe d'étudier ce que le législateur a voulu entendre par ce dépôt.

Une première remarque s'impose : le projet établi par la commission de législation du Sénat ne parlait pas d'actes sous seing privé « déposés en l'étude d'un notaire », mais d'actes « authentifiés », c'est-à-dire, ainsi qu'il est précisé, d'actes privés dont le dépôt est opéré du consentement de toutes les parties et accompagné de la reconnaissance de leur écriture ou de leur signature. Il est admis que l'acte authentifié vaut l'acte authentique¹, aussi était-il inutile de parler d'actes authentifiés, l'expression d'actes authentiques les englobant implicitement.

1. Voirin, *op. cit.*, p. 191; Savatier, *Semaine juridique*, 1935, p. 1397; Durand, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, p. 180.

Nature du dépôt. Rôle du notaire.

L'observation qui précède nous permet de prendre position dans le débat qui s'est élevé au sujet de la nature du dépôt et du rôle que le notaire y joue.

A défaut d'autres précisions, on s'est demandé de quel dépôt il peut s'agir. Il existe en effet deux sortes de dépôt : à côté du dépôt avec reconnaissance d'écriture ou de signature, que nous venons de définir et qui donne à l'acte ainsi authentifié un véritable caractère authentique, notre Droit connaît une autre forme de dépôt dont l'efficacité est bien moindre, le dépôt simple : il est requis par une partie seulement, et n'a pour effet que de donner date certaine à l'acte déposé, lequel n'en demeure pas moins acte sous seing privé, pouvant toujours être contesté par la procédure de vérification d'écriture, sans que le demandeur ait à recourir à la délicate et périlleuse procédure de l'inscription en faux.

Aussi la question s'est-elle posée de savoir si l'acte privé devait être déposé avec reconnaissance d'écriture ou de signature pour être admis à la transcription, ou si au contraire il suffisait d'un dépôt pur et simple.

La proposition Bosc et le rapport Pol Chevalier adoptaient évidemment la première solution, puisqu'ils n'envisageaient que les actes authentifiés. M. Maguet dans le *Journal des notaires* soutient également que le notaire doit toujours exiger la reconnaissance d'écriture et se refuser à accepter un dépôt pur et simple. Si l'une des parties ne veut pas concourir au dépôt, il suffit de la mettre en demeure par une sommation¹

Cette solution ne nous semble pas devoir être suivie : le législateur a soigneusement évité d'employer l'expression d'authentification des propositions de loi antérieures et l'a remplacée simplement par le dépôt au rang des minu-

1. Maguet, *op. cit.*, p. 10, n° 6.

tes d'un notaire, ce qui, à notre avis, signifie qu'il n'a entendu exiger que le dépôt simple.

Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par une réponse de M. le ministre de la Justice à une question posée par M. Adrien Duriac, député :

« Le texte n'impose nullement un dépôt effectué par toutes les parties et avec reconnaissance d'écriture ou de signature. En tout état de cause, le dépôt simple fait par une seule des parties et sans certification d'écriture ou de signature suffit pour permettre la transcription d'un acte sous seing privé¹. »

La conception des auteurs du décret-loi s'explique par des considérations d'ordre pratique : en effet, il est souvent matériellement impossible d'obtenir qu'un dépôt soit effectué par toutes les parties, en raison de l'éloignement, du décès ou de la mauvaise volonté de l'une d'elles, ou encore de la survenance d'une cause d'incapacité : le vendeur par exemple, son prix touché, peut se désintéresser désormais de la transcription et se refuser à se rendre chez le notaire pour concourir au dépôt de l'acte sous seing privé constatant la vente. Il peut même alors revendre l'immeuble par acte authentique à un second acquéreur qui n'aura rien à craindre du premier, celui-ci étant dans l'impossibilité de faire transcrire son propre titre.

D'autre part, ils ont poursuivi un but d'économie : alors que le dépôt avec reconnaissance d'écritures et de signatures entraîne pour les parties les mêmes frais que l'acte authentique, dans le dépôt simple en vue de la transcription, les honoraires du notaire sont réduits à un quart ou un cinquième².

Cependant si cette solution tient compte des difficultés pratiques et du besoin d'économie, on ne voit pas très bien comment elle peut cadrer avec le but défini dans l'exposé des motifs qui précède le texte du décret-loi, qui est de

1. *J. O.*, 14 février 1936, Chambre, p. 399.

2. *V. infra* p. 136.

permettre au notaire de vérifier l'identité et la capacité des parties, ainsi que la situation de l'immeuble et son origine de propriété, ni avec la réponse du ministre de la Justice à M. Duriac qui précise que le notaire ne doit pas se borner à dresser un acte de dépôt, mais qu'il est « de son devoir de signaler aux intéressés les erreurs ou les irrégularités contenus dans l'acte remis en dépôt afin qu'ils puissent y apporter les rectifications nécessaires » et qu'ainsi l'acte de dépôt doit contenir tous les compléments nécessaires pour venir combler les lacunes et réparer les omissions de l'acte sous seing privé irrégulier.

Comment le notaire peut-il remplir ce rôle de vérificateur et de rectificateur si toutes les parties ne comparaissent pas devant lui ? Comment obtenir tous les renseignements nécessaires si le dépôt peut être requis par une seule d'entre elles, ou même par un mandataire de l'une d'elles¹ ?

Il est hors de doute que le dépôt simple ne saurait avoir d'autre effet que de donner à l'acte privé date certaine et d'assurer la conservation, rien de plus.

Du moins dans ces conditions, le notaire peut-il se refuser à recevoir le dépôt d'un acte sous seing privé qu'il estime irrégulier, incomplet, insuffisant ? Certains l'ont prétendu.

Nous estimons au contraire, que, même si l'acte est irrégulier, le notaire est tenu d'accepter le dépôt : ce point de vue est conforme à une circulaire de la Direction de l'En-

1. Le dépôt par mandataire a été déclaré valable dans une réponse du ministre de la Justice à M. de La Groudière, député (*J. O.*, 4 avril 1936, Chambre, Déb. parl., p. 1125). — Du moins, ainsi que le conseille M^e Thiron dans son rapport précité, est-il prudent d'écarter le dépôt par simple mandataire verbal, tout comme le dépôt effectué en vertu d'un pouvoir sous seing privé, au moins quand la signature du mandant n'est pas connue du notaire. Ce dernier a, en effet, le droit de s'entourer de toutes les garanties nécessaires pour exercer son devoir de contrôle, et à ce titre, il peut exiger qu'au moins une des parties intervienne en personne à l'acte de dépôt ou soit représentée par un mandataire muni d'une procuration authentique.

registrement relative à la transcription, rappelant à ce sujet l'article 199 du Code de l'Enregistrement qui oblige le notaire à procéder au dépôt de tout acte qui lui est présenté à cette fin, sous peine de dix francs d'amende¹.

Délai pour le dépôt de l'acte sous seing privé.

La disposition nouvelle ajoutée *in fine* à l'article 2 de la loi du 23 mars 1855 prévoit en outre que les actes sous signatures privées doivent être déposés au rang des minutes d'un notaire « dans les trois mois de leur signature ».

Pourquoi a-t-on choisi la signature comme point de départ du délai ? M. Savatier remarque justement que c'est là un premier défaut du texte qui risque d'ouvrir un débat insoluble sur la détermination du jour où la signature a été donnée².

Mais la principale difficulté qu'il soulève tient à son laconisme : qu'advient-il en effet si le dépôt de l'acte sous seing privé est requis après l'expiration de ce délai de trois mois ?

Pour les parties elles-mêmes, il est évident que le fait de présenter l'acte au dépôt plus de trois mois après sa signature ne saurait en rien modifier les rapports qu'elles ont établis entre elles. Le dépôt n'est pas une condition de validité des contrats. Valable entre les parties, l'acte sous signatures privées non déposé reste opposable à leurs créanciers chirographaires et à leurs successeurs universels.

Quant au notaire, doit-il accepter ou refuser le dépôt tardif ?

Selon l'interprétation commune de l'Association notariale des Notaires et des Conservateurs des hypothèques, « le notaire est seul juge de ce qu'il a à faire dans ce cas,

1. Instruction n° 4234, § 2, IV.

2. Savatier, *op. cit.*, p. 1400.

mais il aurait mauvaise grâce à refuser le dépôt qui permettra aux parties de régulariser ce qui est irrégulier¹. »

Il semble que l'on puisse, comme les autres commentateurs du décret, être beaucoup plus affirmatif et déclarer que le notaire n'a pas à se faire juge de la tardivité du dépôt et qu'il ne peut le refuser sous prétexte que le délai de trois mois est expiré². Rien n'indique d'ailleurs que le dépôt est effectué en vue de la transcription : il peut en effet fort bien être requis pour des fins autres que celle de publicité³. M. Bénard estime toutefois que le notaire doit mettre les intéressés au courant du retard et au besoin se faire couvrir par une décharge⁴.

Pour le conservateur des hypothèques à qui l'on présente à la transcription un acte sous-seing privé qui a été déposé chez le notaire plus de trois mois après sa signature, le problème est encore plus délicat dans le silence de la loi : doit-il ou non refuser de transcrire ?

Les deux points de vue ont été soutenus :

Pour certains, le conservateur doit refuser la transcription : l'article 2 nouvelle rédaction de la loi du 23 mars 1855 est formel : « Ne sont admis à la transcription que... les actes sous signatures privées déposés au rang des minutes d'un notaire dans les trois mois de leur signature ». Ce texte soumet l'admission de l'acte privé à la transcription à deux conditions : d'abord le dépôt en l'étude d'un notaire, et d'autre part, son accomplissement dans les trois mois de sa signature. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'acte ne peut être transcrit.

Cette solution est adoptée par le Comité de l'Association mutuelle des Conservateurs des hypothèques, qui estime que le texte est clair et précis et que par conséquent il faut l'appliquer à la lettre, quelle que soit la sévérité des

1. *Bull. A. N.*, 31 décembre 1935, p. 1013 et s.

2. Mazin, *op. cit.*, art. 24345. Voirin, *op. cit.*, p. 191.

3. Durand, *op. cit.*, p. 181.

4. Bénard, *Répertoire du Notariat*, 1935, n° 26202.

résultats. Le conservateur des hypothèques a d'ailleurs tout intérêt à la suivre : supposons en effet qu'une même personne vende deux fois de suite le même immeuble, la première vente étant transcrite après dépôt hors délai, la seconde après dépôt régulier : le deuxième acquéreur est fondé à mettre en jeu la responsabilité du conservateur en invoquant le texte de l'article 2, qui lui interdit d'admettre à la transcription un dépôt effectué tardivement.

En outre, ce refus de transcrire tout dépôt hors délai permet au Conservateur de concourir plus efficacement à la formation de la chaîne ininterrompue des propriétaires : en effet, s'il admettait à la transcription tous les actes privés déposés, quelle que soit leur date, ces actes ne seraient bientôt plus déposés qu'en vue d'une nécessité immédiate et par suite les mutations resteraient ignorées des tiers puisqu'on aurait la faculté de les régulariser quand bon semblerait.

Telle est également l'opinion de M. Voirin¹ et de M. Savatier².

C'est aussi celle de M. Josserand qui pense que désormais la loi interdit à l'acquéreur de faire transcrire son titre si l'acte sous seing privé qui le constate n'a été déposé en temps voulu. « Désormais, dit l'éminent professeur, à côté des deux catégories traditionnelles, actes sujets à transcription et actes dispensés de transcription, il existe une troisième catégorie représentée par les actes qui, sujets à transcription, sont cependant devenus impropres à transcription, et qui par conséquent ayant déplacé la propriété entre les parties n'auront jamais le pouvoir de la déplacer à l'égard des tiers³. »

D'autres commentateurs du décret-loi ont prétendu qu'il ne fallait pas s'en tenir à l'interprétation littérale du

1. Voirin, *op. cit.*, p. 191.

2. Savatier, *op. cit.*, p. 1398.

3. Josserand, D. H. 1936, p. 3.

texte de l'article 2 qui est manifestement trop concis. Il faut au contraire, selon eux, se référer à l'esprit dans lequel il a été rédigé :

Des deux conditions exigées pour que l'acte privé soit admis à la transcription, seule la première, c'est-à-dire le dépôt en l'étude du notaire, est nécessaire. Quant à la seconde, le dépôt dans les trois mois de la signature, le notaire dépositaire est seul juge de son application. Le conservateur n'a pas à apprécier : du moment que le notaire lui présente un acte, même déposé hors délai, il ne peut que remplir son rôle passif habituel et transcrire, car le délai ne concerne pas la formalité hypothécaire mais uniquement le dépôt au rang des minutes du notaire.

Telle est l'interprétation donnée par l'Association nationale des Notaires¹, par M. François², et par MM. Négrier et Masounabe³, tous trois conservateurs des hypothèques.

M. François, contrairement à ses collègues de l'Association mutuelle, estime que la solution du refus de transcription aboutirait à l'absurde, l'acte déposé hors délai restant valable entre les parties mais ne pouvant être rendu opposable aux tiers. Un tel résultat irait à l'encontre du but poursuivi par les auteurs du décret-loi qui est justement d'assujettir à la publicité le plus grand nombre possible de transmissions.

Cette solution est également celle que préconise, dans une lettre adressée à la rédaction de la *Revue hypothécaire*, M. Becqué, qui base son argumentation sur l'article 2199 du Code civil, lequel interdit au conservateur de retarder ou de refuser la formalité de transcription⁴.

D'ailleurs ce droit de refuser la transcription d'un acte déposé tardivement serait-il reconnu au conservateur qu'il nous serait encore permis de douter de l'efficacité d'une telle sanction :

1. *Bull. A. N.*, précité.

2. François, *Revue hypothécaire*, 1936, p. 325 et s.

3. Négrier et Masounabe, *Rec. civ. et not.*, 1936, p. 53 et s.

4. Lettre de M. Becqué (*Rev. hyp.*, 1936, art. 6590).

En fait, il arrive en effet fort souvent que l'acte privé ne soit pas daté, cela afin d'éviter l'amende fiscale et les pénalités qui frappent l'acte non enregistré dans le délai légal. S'il est daté, mais non enregistré ni déposé chez le notaire dans le délai prévu, les parties peuvent facilement modifier la date, ou bien refaire l'acte en le datant et en le signant à nouveau en vue du dépôt. Mais si l'acte non déposé a été enregistré, la confection d'un acte nouveau entraînerait pour elles l'obligation de payer une seconde fois le droit d'enregistrement. Pour éviter cet inconvénient, il leur reste encore un moyen : dresser devant notaire un acte confirmatif auquel sera annexé l'acte sous-seing privé primitif. Et le conservateur ne pourrait refuser la transcription de l'acte confirmatif qu'on lui présenterait ainsi. Notons cependant que pour la rédaction de l'acte nouveau comme pour celle de l'acte confirmatif, le concours de toutes les parties est nécessaire.

« Mais alors, observe M. Savatier, à quoi tend le délai de trois mois, sinon à donner une prime à la partie de mauvaise foi qui se refuserait à confirmer l'acte initial ? L'autre n'aurait d'autre ressource que d'obtenir un jugement destiné à être transcrit à la place de l'acte¹. »

Si la majorité de la doctrine semble refuser aux conservateurs des hypothèques le droit de transcrire un acte privé déposé hors délai, il semble bien qu'en pratique ceux-ci aient adopté l'autre solution, celle de leurs confrères François, Négrié et Masounabe.

Ils tiennent en effet à se cantonner avec persévérance dans la passivité de leur rôle, qui résulte de l'article 2199 du Code civil. Sans doute, aux termes de la loi du 24 juillet 1921, ont-ils le droit d'apprécier, sous peine de rejet, si les conditions de formes prescrites pour les actes qui leur sont présentés sont observées (loi de 1855, art. 13). Mais aucune disposition de ce genre n'étant prévue dans le décret-loi

1. Savatier, *op. cit.*, p. 1398.

de 1935, l'article 2199 conserve toute sa valeur et toute sa portée.

Regrettons, avec M. Becqué, que « la sanction de prescriptions légales soit ainsi laissée à l'appréciation arbitraire des agents qui sont chargés de leur exécution par suite de l'imprécision d'un texte législatif¹. »

Régime fiscal, formalités et honoraires du notaire.

L'instruction de l'Administration de l'Enregistrement du 12 décembre 1935 relative à l'exécution du décret du 30 octobre 1935 modifiant le régime de la transcription prescrit ce qui suit :

« Aucune dérogation n'est apportée aux règles auxquelles sont actuellement soumis au point de vue fiscal les dépôts des actes au rang des minutes des notaires ».

« En conséquence, le notaire qui recevra en dépôt un acte sous-seing privé sujet à transcription devra notamment :

1^o Sous peine de dix francs d'amende, dresser acte du dépôt (C. E. article 199).

2^o Si l'acte déposé n'a pas été préalablement enregistré, le soumettre à la formalité en même temps que le dépôt et acquitter les droits d'enregistrement et de timbre ainsi que les amendes auxquels cet acte sous seing privé donne ouverture (C. E. art. 195 et 196).

« Quant à l'acte de dépôt, il devra être rédigé sur timbre et enregistré dans le délai habituel de dix ou quinze jours (C. E. art. 74) au droit fixe de 22,50 (C. E., art. 327-23^o).²

« Il est rappelé :

1^o Que l'acte sous seing privé synallagmatique déposé en l'étude d'un notaire peut être enregistré au même

1. Lettre précitée.

2. Ce droit fixe a été porté à 35 fr. L'acte de dépôt est enregistré gratis lorsque la valeur imposable ne dépasse pas 5.000 fr.

bureau que l'acte de dépôt, quelle que soit la situation des biens ou le domicile des parties (Inst. n° 3581).

2° Qu'en pareille hypothèse, il n'y a pas lieu d'insister sur le dépôt du double prévu par l'article 210 du Code de l'Enregistrement (Inst. n° 3670, 20, II).

3° Qu'aucun droit en sus n'est encouru pour les actes sous seings privés synallagmatiques déposés en l'étude d'un notaire avant l'expiration du délai de trois mois (C. E., art. 155 et suiv.); encore que ce délai soit écoulé lors de l'Enregistrement de l'acte de dépôt dans les dix ou quinze jours de sa date. »

Rien n'est donc changé aux dispositions antérieures relatives à l'enregistrement des actes privés déposés au rang des minutes d'un notaire : peu importe que le dépôt ait lieu avec ou sans reconnaissance d'écritures ou de signatures, ni même que les déposants passent dans l'acte de dépôt des déclarations complémentaires, à la condition toutefois que celles-ci ne constituent pas des conventions nouvelles. C'est toujours le droit fixe de 22,50 qui sera perçu¹.

Les formalités à remplir sont les mêmes pour l'acte déposé que pour l'acte notarié normal : dépôt à l'Enregistrement de l'extrait sommaire prévu par la loi du 20 mai 1915; établissement de deux expéditions pour la transcription, dont l'une sur le papier spécial fourni par l'Administration. Ces expéditions doivent reproduire non seulement l'acte de dépôt mais aussi l'acte déposé intégralement.

Quant aux honoraires à allouer au notaire, comme en matière d'attestation notariée, le décret du 4 juin 1936 en a fixé le montant :

L'honoraire prévu par le tarif légal des notaires dépend de la forme du dépôt : s'il est effectué avec reconnaissance

1. En vue de réduire les frais qu'entraîne l'obligation du dépôt pour les actes privés de petite importance, une loi du 10 avril 1939 autorise l'enregistrement gratuit des actes de dépôt, à la condition que les actes déposés ne dépassent pas une somme ou valeur de 5.000 francs.

d'écritures ou de signatures, l'honoraire est le même que si l'acte avait été dressé en la forme notariée pour cette raison que l'acte ainsi déposé prend caractère d'acte authentique; en cas de dépôt simple, l'honoraire est réduit de moitié, le notaire ne faisant que donner date certaine à l'acte déposé et assurer sa conservation.

Le décret du 4 juin 1936 n'a apporté aucune modification à l'honoraire prévu pour la première forme de dépôt.

Mais, pour le dépôt simple, ce décret ne maintient le tarif légal que si l'acte déposé n'est pas soumis à transcription. Si, au contraire, il doit être publié, l'honoraire est réduit dans une forte proportion : il n'est plus que du quart de celui perçu pour l'acte notarié jusqu'à 500.000 francs, et du cinquième au-dessus, tandis que pour les actes non soumis à la formalité il reste de moitié sans décroissance¹.

On ne s'explique pas pourquoi les auteurs du décret-loi ont prescrit une telle réduction qui ne nous paraît nullement équitable : sans doute les parties y trouvent-elles un allègement des frais, mais on ne voit pas comment le fait que l'acte déposé est soumis à la transcription peut justifier une diminution de moitié de l'honoraire alloué au notaire, puisque le dépôt lui fait encourir une grosse responsabilité résultant de la vérification de l'identité et de la capacité des parties, de l'exactitude de la désignation des immeubles et de la régularité de l'origine de propriété, puisque d'autre part il n'a droit à aucune rétribution pour l'accomplissement de la formalité de transcription :

En effet, aux termes du dernier alinéa de l'article premier du décret de 1936 « le notaire est tenu de faire opérer la transcription des actes déposés en son étude sans pouvoir exiger d'autre émolument ».

1. Le décret a spécialement prévu l'honoraire à percevoir pour le dépôt d'un partage : le dépôt étant effectué uniquement en vue de la transcription, l'honoraire est calculé d'après la valeur vénale des immeubles. De sorte que si le partage comprend des valeurs mobilières pour une part importante et très peu d'immeubles, les copartageants obtiennent donc à peu près sans frais le dépôt de leur partage et tous les avantages qui en sont la conséquence.

Section III. — Insuffisance de l'authenticité immobilière du Droit français.

Un premier reproche a été adressé au décret-loi du 30 octobre 1935, dès sa promulgation, par M. Josserand, qui voit la cause de son imperfection dans le caractère fiscal de la réforme et dans le procédé de sa réalisation.

« De plus en plus, dit-il, le droit civil devient tributaire du droit fiscal auquel on prétend le subordonner; nul servage ne saurait être, plus que celui-là, compromettant pour lui, ni plus dangereux... » Et plus loin l'éminent doyen ajoute : « Le régime de la transcription a été modifié par le procédé sommaire du décret-loi : alors qu'à l'étranger, dans les plus petits pays comme chez les plus grandes nations, les réformes législatives, notamment dans l'ordre du droit civil, sont longuement et mûrement étudiées par les juristes et les corps compétents, voilà que dans notre France, héritière du droit romain, terre classique du droit, de la tradition et de la justice, elles sont improvisées en un tournemain par les bureaux; un proche avenir dira quelle est de ces deux techniques, la nôtre et celle de tous les autres pays, la plus profitable et la plus sûre¹.

S'il ne nous semble pas que la réforme de notre régime foncier ait eu beaucoup à souffrir de son caractère fiscal puisque, ainsi que nous l'avons vu, des exemptions de droits ont été édictées à son occasion, par contre, nous devons regretter vivement, avec M. Josserand, le procédé du décret-loi, qui ne saurait convenir pour modifier des principes juridiques aussi importants.

Mais ce n'est pas sur ce point que nous entendons en faire la critique.

Le rapport servant d'exposé des motifs au texte du décret fait ressortir que ses auteurs se sont fixés un triple

1. Josserand, D. H., 1936, p. 4.

but : d'abord déceler les fraudes et ainsi assurer la rentrée des recettes du Trésor; ensuite améliorer la sécurité des transactions immobilières, et enfin faciliter la mise à jour du cadastre.

Une analyse plus approfondie de ce rapport fait apercevoir qu'ils ont vu le succès de leur réforme dans l'intervention du notaire, devenant en quelque sorte « la cheville ouvrière » de tout le système :

Ils comptent sur lui pour déceler et éviter les fraudes : la lecture qu'il donne aux parties des lois sur les dissimulations, l'autorité, la compétence et le caractère officiel qui s'attachent à cet officier public devant déterminer les parties à déclarer l'intégralité du prix ou l'exacte valeur vénale de l'immeuble.

Ils comptent sur lui également pour améliorer la sécurité des transactions immobilières, puisqu'ils le chargent désormais de vérifier « l'identité et la capacité des parties, l'exactitude de la situation des biens, la régularité de l'origine de propriété » pour éviter « les erreurs et les omissions trop fréquentes dans les actes de transmission ».

Enfin, l'acte notarié doit permettre la mise à jour automatique du cadastre.

Connaissant les intentions des auteurs du décret et le rôle de premier plan qu'ils ont voulu attribuer au notaire dans le nouveau système foncier, peut-on dire que l'authenticité immobilière de notre droit français, telle qu'elle résulte de l'article 2 nouvelle rédaction de la loi du 23 mars 1855, permet d'atteindre le but que ses auteurs se sont fixé ?

Il y aurait quelque optimisme à le prétendre¹ :

1. Dans le développement qui va suivre, nous supposons que tous les actes de transmission sont présentés à la transcription. Or, et la remarque est d'importance, nous savons que la transcription n'est pas obligatoire, et que par conséquent, la transmission reste toujours valable entre les parties sans condition de formes, de sorte que bien des mutations sont encore effectuées sans que le notaire n'intervienne.

Répression de la fraude:

A ce point de vue, signalons d'abord qu'il arrivait fréquemment que des propriétés immobilières échappaient aux droits de mutation par décès, soit qu'elles n'aient pas été portées dans la déclaration de succession, soit que la succession n'ait pas été déclarée. L'attestation notariée empêche certainement cette fraude fiscale puisqu'elle permet à l'administration de l'enregistrement de baser la perception du droit sur les estimations qui y sont faites.

Souvent aussi, des partages sous signatures privées n'étaient pas enregistrés : les copartageants n'avaient, en effet, rien à craindre s'ils étaient l'un et l'autre de bonne foi et si, par hasard, l'un d'eux venait à décéder, laissant l'autre comme seul ayant droit, le partage disparaissait et ainsi le droit d'enregistrement de cet acte était évité. Désormais, l'Etat n'a plus à craindre ainsi d'être frustré puisque les partages sont soumis à la transcription et doivent être préalablement déposés en l'étude d'un notaire.

Enfin, c'est surtout pour lutter contre les dissimulations qu'on a jugé bon d'exiger l'intervention du notaire : il lit aux parties les lois sur les dissimulations, commente les pénalités qu'elles comportent et attire leur attention sur les autres conséquences juridiques préjudiciables qui peuvent en résulter pour elles. Il est évident que le notaire, officier public et conseil de ses clients, est bien placé pour les mettre en garde contre les dissimulations et leur montrer tout l'intérêt qu'ils ont à remplir leur devoir fiscal avec sincérité. Mais pour les actes sous seings privés qui sont déposés simplement au rang de ses minutes dans les termes du décret-loi de 1935, son intervention empêche-t-elle les parties de dissimuler ?

Nous ne le pensons pas : si le notaire n'est que dépositaire de l'acte privé, le dépôt simple, seul prévu par le décret, a uniquement pour effet de donner date certaine à

l'acte déposé et d'assurer sa conservation. D'ailleurs le prix aura peut-être déjà été payé lors de l'échange de signatures, ou tout au moins la dissimulation versée directement entre les parties, de sorte le notaire intervient trop tard, la fraude étant déjà consommée.

Amélioration de la sécurité des transactions immobilières¹.

Nous avons vu que cette sécurité dépend de l'individualisation des personnes, de la détermination physique et juridique des immeubles, et que la valeur de ces éléments essentiels repose uniquement sur la qualité de l'*instrumentum* qui constate l'opération intervenue.

Pour les transmissions à cause de mort à un légataire ou à un seul héritier, il est incontestable que l'intervention du notaire apporte aux tiers acquéreurs une garantie de premier ordre. Rappelons à ce sujet que la sécurité qui s'attache maintenant à ces transmissions ne résulte pas tant des prescriptions législatives, beaucoup trop laconiques, que de l'interprétation élargie qu'en ont donnée les notaires en acceptant, pour ainsi dire gratuitement, d'entreprendre, pour la régularité et la véracité de l'attestation notariée, des recherches difficiles entraînant pour eux une grosse perte de temps, sans qu'il leur soit alloué un honoraire en rapport avec les responsabilités auxquelles ils s'exposent dans la rédaction d'un tel acte.

Quant aux transmissions entre vifs, leur sécurité est-elle améliorée du fait du dépôt de l'acte sous seings privés au rang des minutes du notaire dans les trois mois de sa signature ?

Cette disposition du décret est certainement celle qui a soulevé les plus vives critiques; tous les commentateurs

1. Rappelons que les baux de plus de 18 ans et les cessions ou quittances portant sur 3 années au moins de loyers et fermages non échus, n'ont pas à être déposés au rang des minutes d'un notaire pour être admis à la transcription.

s'accordent à la trouver soit sans utilité soit insuffisante¹.

Cette désapprobation est parfaitement justifiée. Il suffit pour s'en rendre compte d'examiner les effets du dépôt quant aux trois facteurs primordiaux de sécurité :

En ce qui concerne l'individualisation des personnes, le rapport qui précède le texte du décret charge le notaire de vérifier l'identité et la capacité des parties.

Assurément, si, pour effectuer le dépôt, les parties comparaissent toutes devant le notaire, celui-ci exige d'elles la présentation de toutes pièces justificatives de leur identité, de sorte que les énonciations de l'acte de dépôt relatives aux nom, prénoms, qualités, domicile et état civil des parties, présentent avec la même garantie, le même caractère de certitude que si l'acte de transmission avait été notarié à l'origine. Le but est donc atteint lorsque le dépôt est requis par toutes les parties et qu'elles reconnaissent leurs écriture et signature.

Mais si le dépôt n'est requis que par une seule des parties, voire même par le mandataire de l'une d'elles, il est évident que le notaire se trouve alors dans l'impossibilité la plus complète d'apprécier et de contrôler les indications de l'acte sous seing privé se rapportant à l'individualisation des contractants.

Et comme c'est cette dernière forme de dépôt qui est requise le plus souvent, en raison des inconvénients de l'autre que nous avons déjà signalés, on peut donc dire que le dépôt de l'acte privé en l'étude du notaire n'apporte en général aucun élément nouveau de garantie de l'identité et de la capacité des parties.

C'est surtout quant à l'amélioration de la détermination physique et juridique des immeubles que l'article 2 du décret semble être le plus mal venu.

En effet, le décret n'a au fond rien changé à l'admission

1. V. Jossierand, *op. cit.*, p. 3; Durand, *op. cit.*, p. 181; Savatier, *op. cit.*, p. 1397; Voirin, *op. cit.*, p. 192.

des actes à la publicité : il résulte de la lettre même du texte de l'article 2 que les actes sous signatures privées continuent à y être admis parallèlement aux actes authentiques. Sans doute doivent-ils être préalablement déposés chez un notaire, mais le fait du dépôt ne leur confère aucune valeur nouvelle :

L'acte privé, dont nous avons exposé les défauts et les imperfections, ne devient pas aussitôt un modèle de rédaction juridique par cela seul qu'il se trouve désormais conservé dans l'étude du notaire. Le dépôt, nous le répétons encore, ne transforme nullement l'acte privé en acte authentique, avec toutes les vertus attachées à cette forme. Il ne lui conférerait ce caractère que s'il était requis par toutes les parties, accompagné d'une reconnaissance d'écritures et de signatures et qu'en outre à son occasion les parties aient consenti à rectifier les erreurs et compléter les lacunes que le notaire y aurait relevées.

Même dans ce cas, peu fréquent puisque de nombreux obstacles peuvent s'opposer à la réquisition d'un tel dépôt, imaginons un peu le caractère de confusion sous lequel se présente l'*instrumentum* constatant la transmission immobilière, scindé en deux tronçons, l'un, l'acte privé, déjà confus, imprécis, inexact, l'autre, l'acte de dépôt, cherchant à compléter et rectifier le premier. Tâche ingrate et périlleuse que celle du conservateur qui aura à entreprendre des recherches dans un tel document et fournir les renseignements nécessaires à la sécurité des tiers.

Le malheur tient surtout à ce que le notaire se trouve en présence d'un acte déjà rédigé, alors que c'est avant cette rédaction, comme conseil des parties, et au moment de la rédaction, comme garant de sa perfection, que le concours de cet officier public est particulièrement souhaitable.

Or, le dépôt de l'acte au rang de ses minutes laisse le notaire devant le fait accompli. L'acte sous seing privé n'en subsiste pas moins, avec tous ses inconvénients, obscurité, ambiguïté, lacunes et pièges résultant de l'inexpé-

rience, de l'ignorance ou de la mauvaise foi du rédacteur, et il reste toujours susceptible d'être contesté par la procédure de vérification d'écritures.

Sans doute le notaire peut-il compléter l'acte inexact, du moins faut-il qu'on lui en fournisse les éléments nécessaires, c'est-à-dire des renseignements suffisamment sérieux pour être préférés aux indications contenues dans l'acte déposé. Mais comment avoir de certitude à cet égard si le dépôt n'est requis, comme il est courant, que par l'une des parties ou son mandataire ? L'intervention du notaire ne saurait alors avoir d'autre utilité que de donner date certaine à l'acte privé et d'assurer sa conservation, sans, on le voit, que la sécurité des transactions immobilières y gagne rien. Le décret-loi manque donc complètement son but.

M. Savatier s'est violemment élevé contre cette insuffisance : « Il eût été parfaitement défendable, dit-il, d'obliger les parties à faire établir, par notaire, tous leurs actes immobiliers. Mais les astreindre à déposer leurs actes sous seing privé chez un notaire, cela ne saurait se comprendre dans une législation soucieuse soit de sécurité, soit de moralité. »

« L'acte reste en effet sous seing privé, avec tous les inconvénients, et, surtout, les défauts de rédaction de cette sorte d'acte. Pourtant, les parties devront le payer au prix de l'acte notarié si elles le déposent avec reconnaissance d'écriture ; même sans cette reconnaissance, le dépôt les obligera à la moitié des honoraires notariaux de rédaction. L'acte réunit l'insécurité de l'acte sous seing privé au coût de l'acte notarié. De toutes les combinaisons, c'est la plus mauvaise¹. »

Notons toutefois que cette critique sur le coût de l'acte privé déposé tombe en partie, puisque, postérieurement à cette étude, le décret-loi du 4 juin 1936 est venu réduire

1. Savatier, *op. cit.*, p. 1397.

l'honoraire du notaire au quart ou au cinquième de l'honoraire normal.

L'éminent professeur ajoute que seuls gagneront à la réforme les agents d'affaires et « quelques notaires qui seraient disposés à abandonner la délicatesse de leur ordre ». Et il voit les agents d'affaires déposer l'acte privé sans reconnaissance d'écritures, laissant au notaire choisi par eux l'honoraire du quart et conservant pour eux le reste de l'honoraire normal. Les parties paieraient donc ainsi plein tarif sans avoir aucun des avantages de l'acte notarié.

« Le décret-loi, dit-il encore, conduit à une sorte de dichotomie des hommes d'affaires avec cette différence que, si on la compare à celle des médecins, le client ne reçoit même pas les soins qu'il paie des deux côtés. Pire encore, les notaires verront, dans la législation nouvelle, l'aubaine de pouvoir conseiller et même rédiger les actes sous seings privés les plus contestables aux yeux de leur conscience avec la certitude de ne pas engager leur responsabilité civile tout en touchant les mêmes honoraires que s'ils l'avaient engagée. On ne saurait donc condamner trop sévèrement une telle solution ».

Ajoutons à notre avis personnel, que certains notaires peuvent être d'autant plus tentés de rédiger de tels actes sous seing privé qu'ils percevront ainsi sans responsabilité des honoraires qui ne figureront pas sur leur comptabilité. Mais la haute moralité qui caractérise la profession notariale permet d'écarter cette éventualité frauduleuse qui ne saurait être trop sévèrement sanctionnée.

D'autres auteurs se sont en outre élevés contre cette extension du monopole des notaires, « qui seraient les seuls bénéficiaires de la réforme¹ ».

Il est incontestable que les notaires avaient accueilli avec satisfaction, au début du moins, le décret-loi de 1935.

1. Jossierand, D. H., 1936, p. 3.

Mais on ne peut pas dire que la réforme soit pour eux une source de revenus nouveaux puisque le décret du 4 juin 1936 a réduit considérablement leurs honoraires, bien que les attestations et les actes de dépôt risquent d'engager lourdement leur responsabilité.

Les notaires n'ont d'ailleurs aucun attrait à recevoir en dépôt des actes manifestement mal faits, incomplets et irréguliers, et n'acceptent ces dépôts qu'en exprimant des réserves.

Mise à jour du cadastre.

Du moins est-il permis d'espérer que la disposition de l'article 2 du décret aura l'avantage de favoriser la mise à jour régulière du cadastre, puisque se trouve ainsi étendu implicitement le domaine d'application de la loi du 20 mai 1915 qui prescrit au notaire, pour le service des mutations cadastrales, de déposer au bureau de l'enregistrement un extrait sommaire des mutations. Encore faut-il pour cela que la désignation faite dans l'acte privé soit conforme aux indications cadastrales, et que cet acte soit déposé. Or, nous savons que le dépôt n'est nullement nécessaire pour que le transfert de propriété soit valable entre les parties.

*
* * *

Il nous apparaît maintenant que la réforme réalisée est loin de correspondre au but poursuivi par les auteurs du décret-loi. Ils ont voulu, par l'intervention du notaire, supprimer les fraudes, améliorer la sécurité des transactions, et mettre à jour le cadastre automatiquement.

Aucun de ces trois points n'est atteint : d'abord parce que la transcription n'a pas été rendue obligatoire, ensuite et surtout parce qu'on n'a pas donné au notaire les moyens de remplir son rôle de contrôleur et de vérificateur.

« Bien des fois en d'autres temps, dit M. Savatier en

terminant son étude, nous avons déploré les insuffisances techniques du législateur parlementaire. Mais nous devons reconnaître que ce décret-loi a donné ici un exemple d'impéritie que peu de lois avaient égalé, qu'il serait désastreux de laisser subsister. De toutes nos forces, nous voulons espérer que le Parlement renverra dans le néant le monstre éphémère dont nous venons d'esquisser les difformités¹. »

Cette observation nous paraît cependant beaucoup trop sévère. Le décret est évidemment faible à tous les points de vue. L'intention de ses auteurs était excellente, mais sans doute trop attachés aux principes consensualistes, ils n'ont pas osé réaliser d'un seul élan la réforme qui s'imposait. Les dispositions nouvelles ne sauraient être considérées que comme une demi-mesure, dont elles présentent d'ailleurs tous les inconvénients.

Ainsi, il s'en faut encore, même depuis le décret-loi de 1935, que les transmissions immobilières soient entourées de toute la sécurité désirable.

*
* *

Il nous serait possible, connaissant le caractère défectueux du système actuellement en vigueur, de présenter dès maintenant les améliorations que l'on pourrait y apporter.

Auparavant nous rechercherons dans les législations étrangères, des éléments de comparaison.

1. Savatier, *op. cit.*, p. 1400.

CHAPITRE III

L'AUTHENTICITÉ IMMOBILIÈRE EN DROIT ÉTRANGER¹

Notre Droit français n'a admis que tout récemment et très timidement le principe de l'authenticité obligatoire. Nous allons voir que nous sommes à ce point de vue très en retard sur l'ensemble des législations étrangères.

L'étude de droit comparé vient en effet corroborer notre opinion sur le peu de valeur que l'on peut attacher à l'acte privé en matière immobilière. Et si certaines législations admettent encore sa validité entre les parties, toutes sans exception le refusent à la publicité tant qu'il n'est pas passé au crible de l'authenticité. Cette exclusion se justifie par les nombreuses causes d'infériorité de l'acte sous seing privé et par le désir d'entourer les transmissions immobilières de toute la sécurité désirable.

On peut dire que la nécessité de l'authenticité immobilière est unanimement consacrée par les différents régimes fonciers étrangers.

Mais nous avons vu que l'on peut se faire diverses conceptions de l'authenticité. Aussi nous proposons-nous

1. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891, p. 185 et s.; Bordeaux, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1918; Navarre, *De l'authenticité nécessaire pour la publicité des transmissions immobilières*, thèse, Montpellier, 1924, p. 95 et s.; Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, Paris, Girard et Bruère, 1913, t. I, p. 149 et s.; Worms, *De la propriété consolidée*, Paris, Dentu, 1888, p. 199 et s.

d'étudier rapidement la façon dont les divers pays voisins ont adopté son principe, en examinant d'abord les législations dérivées du système foncier français, puis celles se rattachant au système germanique, spécialement le droit allemand et le droit suisse et enfin le système original de l'Act Torrens :

Section I. — Groupe français.

A cette catégorie dérivée de notre régime foncier appartiennent les législations belge, italienne, romaine, grecque et monégasque.

Sans doute ne sont-elles pas en tous points identiques à la nôtre, ni entre elles. Quelques différences les séparent, soit que la publicité ait un domaine d'application plus large dans les unes, soit que le système soit plus perfectionné dans d'autres. Mais si ces législations sont fidèlement attachées aux principes consensualistes et se rapprochent en ce sens de la nôtre, elles s'en sont séparées depuis bien longtemps, bien avant notre décret de 1935, en se refusant à laisser en matière immobilière l'acte privé et l'acte authentique sur un pied d'égalité : ou bien elles refusent complètement d'admettre l'acte privé à la publicité, ou bien elles exigent que préalablement il soit passé entre les mains d'un officier public :

Ainsi la loi belge du 16 décembre 1851, pourtant apparentée de très près à la loi française du 23 mars 1855, dispose dans son article 2 que « les jugements, les actes authentiques et les actes sous seings privés reconnus en justice ou devant notaire seront seuls admis à la transcription¹. »

Le Code civil italien dans son article 1835 a adopté une solution analogue : « la transcription ne peut être opérée

1. *Codes belges*, 4^e éd., annotée par Delebecque et Hoffmann, Bruxelles, de Becq, 1882.

qu'en vertu d'une sentence, d'un acte public ou d'un acte sous seing privé. Les actes, toutefois, résultant d'écrits sous signature privée ne peuvent être transcrits si les signatures des contractants n'ont pas été authentiquées par un notaire ou reconnues par justice¹. »

La loi roumaine du 27 juin 1886 sur l'authenticité des actes prescrit dans son article 5 que « les testaments et les contrats translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers restent exclusivement de la compétence des tribunaux de district². » Notons que cette compétence exclusive de l'autorité judiciaire tient à ce qu'en Roumanie le notariat n'existe pas.

Dans la principauté de Monaco, la transcription s'effectue au bureau de la conservation des hypothèques de Monaco sur la présentation authentique de l'acte ou du jugement translatif³.

Sans consacrer à ces législations dérivées de la nôtre, auxquelles il y aurait lieu d'ajouter également le Luxembourg⁴ et les Pays-Bas, des développements plus étendus, bornons-nous seulement à constater que bien avant nous-mêmes elles ont estimé qu'il était indispensable pour la sécurité de la propriété foncière de ne pas se contenter purement et simplement d'un acte privé en matière de transmissions immobilières, mais d'exiger l'intervention d'un officier public, soit notaire, soit magistrat.

Section II. — Groupe germanique.

Au groupe germanique sont rattachées notamment les législations allemande, suisse, hongroise, espagnole, portugaise et russe.

1. *Code civil italien*, trad. Prudhomme, Paris, Pédone, 1896.

2. *Annuaire de législation étrangère*, 1886, p. 682. — V. aussi Defrénois, *Résumé de législation étrangère (droit notarial, droit civil)*, Paris, 1901, p. 252 n° 1366.

3. Besson, *op. cit.*, p. 205.

4. V. Réforme luxembourgeoise, dans Worms, *op. cit.*, p. 199 et s.

On a généralement coutume de différencier le groupe français de celui-ci, en insistant sur ce point que le nôtre est à base de publicité personnelle alors que le groupe germanique est basé sur la publicité réelle.

En effet, alors que nos registres hypothécaires sont tenus par noms de personnes et qu'il est nécessaire pour reconstituer l'historique de la propriété de connaître tous les propriétaires successifs de l'immeuble, la publicité réelle, organisée au moyen de livres fonciers¹, ne considère pas les propriétaires, mais bien l'immeuble lui-même : les registres fonciers sont établis, non par noms de personnes, mais par immeubles, de sorte que c'est le folio du registre correspondant spécialement à l'immeuble, et non ses propriétaires successifs, qui permet de retrouver les diverses transmissions dont il a été l'objet ainsi que les charges de toute nature qui peuvent l'affecter.

Mais si l'organisation des registres permet déjà de distinguer nettement les deux groupes fonciers, d'autres différences bien plus importantes les opposent l'un à l'autre.

Outre ce principe de spécialité, qui attribue à chaque immeuble son individualité propre, puisque chacun a son feuillet à lui, le système germanique se caractérise par les principes de publicité absolue, de force probante et de légalité :

Si en France la publicité est relative, c'est-à-dire qu'elle n'a pour effet que de rendre les transferts opposables aux tiers, sans avoir la moindre influence sur la transmission qui s'opère entre les parties, la publicité du livre foncier est absolue, ce qui signifie que non seulement elle consolide la propriété à l'égard des tiers, mais elle est une condition de la validité du transfert entre les parties. Le seul con-

1. Il ne sera question ici que du livre foncier définitif. Notons toutefois qu'il existe aussi d'autres livres fonciers, le livre foncier provisoire et le livre de propriété, qui sont tenus par feuillets personnels et auxquels n'est point attaché le principe de foi publique (V. Morel, *Le régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Paris, Sirey, 1922, p. 22 et s.).

sement n'a aucune valeur translatrice, seule l'inscription de la mutation au livre foncier opère la transmission tout aussi bien pour les contractants que pour les tiers.

De plus, alors que notre transcription est sans force probante, qu'elle ne peut donner au titre qui y est soumis plus de valeur qu'il n'en a, l'inscription au livre foncier garantit contre toute discussion le droit du propriétaire. Sans doute, si le titre est vicié, annulable ou résoluble, il le demeure malgré l'inscription, mais entre les parties seulement, sans que les tiers ayant acquis de bonne foi des droits sur la foi du registre foncier puissent être inquiétés. L'inscription confère donc aux acquéreurs une sécurité complète.

Enfin, tandis que notre conservateur des hypothèques, déférant à une réquisition de transcription a un rôle purement passif, le principe de légalité, conséquence de la force probante de l'inscription, impose à l'autorité hypothécaire, le juge foncier, l'obligation de vérifier le bien fondé de la demande d'inscription et la régularité matérielle des titres présentés à cette fin.

Pour ne pas sortir du cadre de notre étude, nous renvoyons pour plus de détails aux remarquables études qui ont été faites sur l'organisation des livres fonciers, lorsqu'il fut question de leur introduction en France vers la fin du siècle dernier¹.

Retenons seulement que toutes les législations dérivées de ce système, quelles que soient leurs divergences dans l'application de ces principes, ont accordé à l'acte authentique une prépondérance éclatante sur l'acte privé :

C'est ainsi que l'article 313 du Code civil allemand dispose qu'« un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation authentique sans forme judiciaire ou notariée² ».

1. V. Besson, Magnin, Michel, *op. cit.*

2. *Code civil allemand*, trad. Office de législation étrangère et de droit international, Paris, Pichon, 1923.

Le Code civil suisse, dans son article 657, édicte que « les contrats ayant pour objet le transfert de propriété ne sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique¹ ».

Aux termes de l'article 978 du Code civil portugais : « Sont seuls susceptibles d'être inscrits définitivement... les écrits, testaments, ou autres documents authentiques². »

La loi espagnole du 8 février 1861, dans son article 3, n'ouvre les registres fonciers « qu'aux actes publics, aux jugements exécutoires ou à tel autre document authentique émanant de l'autorité judiciaire ou du Gouvernement ou de ses agents³ ».

Enfin, dans les anciennes législations austro-hongroises, les inscriptions ne pouvaient être requises « qu'en vertu d'actes authentiques ou sous seing privé légalisés⁴ ». Dans le droit russe, « les notaires étaient en même temps les conservateurs des livres-fonciers⁵ ».

Nous examinerons plus spécialement l'authenticité immobilière dans les législations récentes de Suisse et d'Allemagne.

§ 1. *L'authenticité immobilière en droit suisse.*

Le Code civil suisse de 1912 exige la forme authentique pour tous les contrats translatifs de propriété immobilière.

Seuls, avant l'apparition de ce code, les cantons de la Suisse française connaissaient cette obligation. Les autres se contentaient de la forme écrite ou même orale. Chaque canton avait sa législation propre, et la conception de l'authenticité était différente de l'un à l'autre : ainsi, dans la Suisse orientale, le transfert de propriété, qui nécessitait à la fois la rédaction d'un acte authentique et le concours de

1. *Code civil suisse*, annoté par Rossel, Payot, Lausanne.

2. *Code civil portugais*, trad. Laneyrie et Dubois, Paris, Imp. Nat., 1886.

3. Besson, *op. cit.*, p. 324.

4. Besson, *op. cit.*, p. 303.

5. Besson, *op. cit.*, p. 315.

l'autorité, était réalisé « par les soins des mêmes organes »¹, alors que les cantons de la Suisse occidentale prévoyaient pour l'exécution de ces deux conditions des officiers publics différents.

Devant de telles divergences, le Code civil aurait pu fondre les lois cantonales en une seule loi fédérale. Mais il a adopté une solution originale : il a posé le principe de l'authenticité obligatoire et a déterminé le contenu de l'acte, c'est-à-dire les éléments essentiels de l'opération, tout en laissant aux cantons, dans la limite de leurs territoires respectifs, la faculté de réglementer à leur volonté la forme des actes et la désignation des officiers publics compétents : ainsi la rédaction des actes authentiques est confiée dans les uns à certains officiers publics, notaires ou assimilés, greffiers, secrétaires municipaux, dans les autres au conservateur du registre foncier².

Justification de l'authenticité.

La nécessité de l'authenticité se justifie avant tout par la portée sociale des transactions immobilières : la forme notariée oblige les parties à exprimer leur volonté d'une façon claire et certaine, à réfléchir sur la portée de l'acte et de ses suites ; elle protège les contractants contre les ventes trop précipitées et permet de lutter contre la spéculation immobilière.

D'autre part, elle trouve également une justification juridique : elle est en liaison étroite avec le principe de foi publique due au livre foncier :

L'inscription ayant pour effet de rendre l'acquéreur de bonne foi propriétaire *erga omnes*, même si le titre est entaché de vices, on ne peut admettre à la publicité qu'un acte

1. Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, Paris, Girard et Bruère, 1913, p. 150.

2. Rossel, *Code civil suisse annoté*, titre final, 52 à 55.

dont les éléments constitutifs soient à l'abri de toutes contestations.

Pour dresser un tel acte, personne n'est mieux qualifié que le notaire : il est le garant de la rédaction fidèle de l'acte en conformité des principes du livre foncier, il vérifie minutieusement sous sa responsabilité la validité de la transmission, et enfin, en assistant les parties de ses conseils, il fait respecter la bonne foi et s'oppose aux manœuvres illicites ou frauduleuses.

La forme authentique revêt donc dans le système foncier une importance exceptionnelle : excellent moyen de preuve puisqu'elle fait foi de son contenu, elle constitue une condition de validité de l'acte de transfert de l'inscription au registre foncier et de l'effet réel du contrat. Elle est donc l'élément de base.

Actes soumis à l'authenticité.

Doivent être passés en la forme authentique tous les actes translatifs de propriété, c'est-à-dire les contrats de vente, d'échange et même les promesses de contracter¹, telles que la promesse de vente et le pacte de réméré, mais non le pacte de préemption (art. 216, alinéa 2 du C. oblig.), les donations (C. oblig., art. 243, al. 2), les transactions, ainsi que les contrats de mutation de copropriété en propriété individuelle ou en propriété commune et inversement.

Quant aux mandats et pouvoirs concernant les opérations immobilières, sauf lorsque les pouvoirs sont irrévocables, et sous réserve du droit cantonal, ils ne sont pas soumis à la forme authentique, pas plus d'ailleurs que les résiliations.

1. L'extension de l'authenticité à la promesse de contracter présente un intérêt tout particulier : la promesse de vente, par exemple, est souvent beaucoup plus dangereuse que la vente elle-même, en raison des clauses pénales draconiennes qui peuvent y être insérées (Bordeaux, *op. cit.*, p. 91).

Le principe de l'authenticité obligatoire comporte une exception beaucoup plus importante : les conventions de partage entre héritiers et les conventions sur parts héréditaires (art. 634 et 635 C. oblig.) pour lesquelles seule la forme écrite est exigée : cette dérogation s'explique parce que le législateur a pensé qu'on ne saurait astreindre à la forme authentique les partages sous prétexte qu'ils comprennent un immeuble, quand la presque totalité des biens à partager est constituée des valeurs mobilières. — Du moins à défaut d'authenticité, les héritiers et légataires doivent-ils produire des justifications sérieuses de la dévolution dont ils bénéficient. — Cependant, la doctrine s'élève contre cette exclusion et conseille fortement aux parties d'employer la forme authentique, d'autant plus que le partage est une opération délicate susceptible de soulever des difficultés multiples¹.

L'authenticité dans les transmissions par décès.

Pour les transmissions *ab intestat*, la loi suisse exige des héritiers, à défaut du titre héréditaire qui n'existe pas, par définition, la justification de la dévolution à leur profit par la production d'un certificat délivré par l'autorité cantonale compétente (notaires ou autres officiers publics) constatant qu'ils sont bien les seuls héritiers du défunt.

La production d'un même certificat de propriété est nécessaire au cas de transmission testamentaire.

Retenons de cet examen du droit suisse que l'authenticité s'y justifie non seulement par l'existence du livre foncier, mais surtout, de l'avis même des commentateurs du Code civil suisse, par sa portée sociale.

1. *Code civil suisse*, Commentaire Curti-Forrer, trad. Poret, Paris, Sirey, 1912, p. 732.

§ 2. *L'authenticité immobilière en droit allemand.*

Le Code civil allemand de 1900 prescrit la constatation authentique sous la forme notariée ou judiciaire du contrat de transfert de propriété immobilière.

Il apparaît d'ailleurs de la lecture du commentaire de l'article 313 de ce code que « cette exigence ne devait pas changer grand chose à la pratique actuelle, car toutes les affaires un peu sérieuses se font devant notaire. Il n'y a que pour des ventes de parcelles insignifiantes que la question pouvait être douteuse. Or, c'est précisément ce morcellement excessif qu'il faut éviter, et c'est pour ces aliénations sans importance apparente qu'il importe surtout de garantir le sérieux de l'opération¹ ».

Le fondement de l'authenticité en Droit allemand est le même qu'en Droit suisse : fondement social, fondement juridique. Seulement des différences existent entre les deux droits dans l'application du principe, notamment en matière de certificats d'héritiers : alors que la vérification du transfert incombe entièrement à l'officier public en droit suisse, en droit allemand, cette mission est dévolue à l'autorité judiciaire².

Aux termes de l'article 2365 du Code civil allemand une présomption de propriété est attachée au certificat d'héritier : c'est un document officiel émanant de l'autorité judiciaire, qui fait preuve complète de ce qui y est constaté. Le juge foncier « doit opérer la transcription sur la vue du certificat d'héritier et ne peut entreprendre un nouvel examen du droit de l'héritier ; il a cependant le droit de s'adresser au tribunal de la succession, de lui indiquer les motifs de son doute et de prier ce dernier de se livrer à un nouvel examen du certificat³ ».

1. Cf. *Code civil allemand*, Paris, Imp. nat., 1904 1914, t. I, p. 437.

2. Marcel Lévy, *Le certificat d'héritier, étude comparée de droit français et de droit allemand*, thèse, Paris, 1911.

3. M. Lévy, *op. cit.*, p. 113.

D'ailleurs, le certificat d'héritier du droit allemand n'est pas employé seulement aux fins d'inscription du transfert immobilier, il sert aussi de justification dans toutes autres circonstances, notamment pour ester en justice ou pour « une inscription dans un autre livre ou registre public, par exemple dans le livre de la dette publique ou bien dans le registre des navires¹ ».

D'autre part, outre le contrat personnel obligatoire qui doit, comme en droit suisse, être rédigé en la forme authentique, pour opérer le transfert, le Code civil allemand reconnaît la validité du contrat réel, c'est-à-dire la déclaration solennelle de l'accord devant le juge foncier, déclaration qui est constitutive et qui n'est en somme qu'une survivance de l'ancienne investiture.

Ainsi, en droit suisse, c'est l'officier public qui procède seul et entièrement à la vérification du transfert, tandis qu'en droit allemand, cela dépend de la forme du contrat : s'il est personnel, c'est l'officier public qui vérifie, avec superposition de l'intervention du juge; s'il est réel, c'est au juge seul qu'appartient le contrôle. Notons d'ailleurs que devant la supériorité de l'authenticité, le contrat réel est de plus en plus délaissé.

Section III. — Groupe australien.

Le régime foncier australien et toutes les autres législations dérivées du système de l'Act Torrens, notamment celle de Tunisie (loi du 5 juillet 1885) se rapprochent du système foncier germanique, mais présentent cette caractéristique propre de ne pas connaître l'authenticité, du moins en apparence.

Le principe essentiel de ce système est de « substituer aux titres de propriété résultant des contrats un certificat

1. M. Lévy, *op. cit.*, p. 114.

nominatif d'inscription sur le registre matrice de la propriété foncière, certificat prouvant à lui seul et d'une manière décisive le droit du porteur et dont le transfert s'opère dans des conditions tout à fait comparables à celles de la cession d'un titre nominatif de rentes sur l'Etat¹ ».

Les transmissions s'effectuent de la manière suivante : on joint au certificat un « memorandum » qui est une formule sur laquelle le vendeur indique le droit qu'il cède, le nom de l'acquéreur, le prix et le montant des charges qui grèvent l'immeuble. Le bureau des titres, après vérification du memorandum par les sollicitors adjoints au Registrar General, procède alors à l'inscription du transfert sur le certificat.

Sans discuter de la valeur du système de l'Act Torrens comme régime foncier, qui permet des transferts rapides, mais qui présente, d'autre part, de nombreux inconvénients², nous ferons seulement observer que ce système qui semble au premier abord porter un coup direct à la thèse que nous avons soutenue de la nécessité de l'authenticité, s'en éloigne beaucoup moins qu'on pourrait le croire. Sans doute, en apparence, il n'y a pas d'acte dressé à chaque mutation puisque c'est le certificat d'inscription qui passe de mains en mains, mais la pratique du memorandum apporte un sérieux tempérament à ce principe et se rapproche en fait de notre thèse, d'autant plus que cette pièce est généralement dressée par des courtiers assermentés ou des sollicitors dont les fonctions se rapprochent étrangement de celles de nos officiers publics.

* *

Ainsi cet examen rapide des législations étrangères fait apparaître nettement la défaveur dans laquelle est tenu partout l'acte privé en matière de transfert de propriété, et l'importance de premier plan qu'on attache à l'authenticité,

1. Besson, *op. cit.*, p. 354.

2. Besson, *op. cit.*, p. 354.

dont on fait le plus souvent une condition de validité de la transmission.

Ces conclusions nous donneront plus d'assurance pour exposer les améliorations dont notre conception de l'authenticité est susceptible.

TROISIÈME PARTIE

Vues législatives. - - Vers une meilleure utilisation des bienfaits de l'authenticité immobilière.

Les dispositions de l'article 2 du décret-loi du 30 octobre 1935 relatives à l'authenticité ne sont qu'une demi-mesure, avons-nous dit comme conclusion de leur insuffisance.

Diverses améliorations sont concevables ainsi que nous allons le montrer. Mais il nous semble, en nous appuyant sur le droit comparé, que le seul moyen de donner enfin aux transmissions immobilières toute la sécurité dont elles ont besoin est de faire de l'authenticité une condition de leur validité même *inter partes*.

Section I. — Rejet d'améliorations insuffisantes.

Contrôle du conservateur des hypothèques.

Un premier moyen consiste, étant donnée l'incertitude résultant de l'imperfection des titres présentés à la transcription, à confier au conservateur des hypothèques le droit de contrôler la validité des actes qui lui sont présentés.

Il ne semble pas que cette réforme soit souhaitable. M. Chainé en a fort justement exposé les raisons : « Développer l'initiative du conservateur, c'est augmenter sa responsabilité et, par conséquent, multiplier les raisons qu'il met en avant déjà de se montrer parfois difficile. Les documents publiés en prendront plus de valeur, mais il faut craindre aussi que le public ne se rebute. Il y a d'ailleurs dans le contrôle de la publicité, tant de points délicats qu'on ne peut faire peser la charge sur les épaules d'un seul homme qui deviendrait ainsi le pivot essentiel du système. Toutes les transactions immobilières graviteraient autour de sa personne, bénéficieraient de son habileté, souffri-

raient de ses moindres négligences. Dans des affaires aussi importantes et aussi complexes, il faut diviser la besogne et répartir judicieusement les charges¹. »

Outre qu'une telle réforme serait contraire aux dispositions de l'article 2199 du Code civil aux termes duquel « dans aucun cas les conservateurs ne peuvent ni retarder ni refuser la transcription », ajoutons pour rejeter cette solution que l'on ne voit pas très bien quels éléments de contrôle pourrait avoir le conservateur pour vérifier la régularité de l'acte et des indications qu'il donne.

*Dépôt avec reconnaissance d'écritures
ou de signatures :*

Puisque le dépôt simple ne donne pas à l'acte privé la plus-value juridique qui lui est nécessaire pour constituer un titre sérieux, que son seul et unique effet est de garantir les intéressés en cas de perte ou de destruction de leur titre et de lui donner date certaine, pourquoi ne pas exiger que l'acte sous seing privé soit déposé non plus par une seule des parties ou son mandataire, mais bien par toutes les parties avec reconnaissance d'écritures et de signatures ?

Un tel dépôt présente sur le système actuel des avantages incontestables : toutes les parties comparaissant devant le notaire, celui-ci peut procéder à la vérification de leur identité et de leur capacité, leur demander les renseignements complémentaires relatifs à la désignation aux divers autres éléments de l'opération intervenue et les mettre en garde contre les dangers qui peuvent être la conséquence d'une imprévoyance, d'une clause obscure ou ambiguë, ou enfin d'une dissimulation. Et dans l'acte de dépôt il rectifie les erreurs, répare les omissions, pour donner à l'acte privé la valeur d'un titre régulièrement

1. Chainé, *op. cit.*, p. 279.

établi. Désormais, l'acte ainsi déposé est authentifié, c'est-à-dire qu'il vaut l'acte authentique.

Mais à côté de ces avantages, nous avons vu que le dépôt avec reconnaissance d'écriture présente des inconvénients certains : outre qu'il entraîne les mêmes frais que l'acte authentique, il devient impossible si toutes les parties sans exception n'y interviennent pas, et cette éventualité est presque toujours à craindre : il suffit simplement que l'une d'elles soit éloignée, qu'il soit survenu en sa personne une cause d'incapacité, qu'elle montre de la mauvaise volonté à comparaître, ou qu'elle s'y refuse par mauvaise foi, qu'elle décède, et que ses héritiers ne veuillent pas se déplacer, de bonne ou de mauvaise foi.

Sans doute pourrait-on mettre en demeure de comparaître celle des parties qui s'y refuserait, mais ce procédé n'obvierait nullement aux autres impossibilités que nous venons de signaler.

En outre, les héritiers de l'un des contractants peuvent fort bien se refuser à comparaître, s'ils ne reconnaissent pas, de très bonne foi, la signature de leur auteur. Le doute peut toujours exister à ce sujet et les tribunaux seront souvent fort embarrassés pour le lever : encore la preuve n'incombe-t-elle pas aux héritiers, mais bien au demandeur.

Aussi la solution du dépôt avec reconnaissance d'écritures ou de signatures nous apparaît-elle inacceptable.

L'authenticité d'Alsace-Lorraine¹.

On peut être surpris de constater qu'aucun des projets de réforme de notre système foncier postérieurs à la loi du 1^{er} juin 1924 ne se soient inspirés du système que cette loi a introduit en Alsace-Lorraine quant à la forme des actes soumis à la publicité.

1. Nous ne parlerons pas ici du système qui consiste à n'exiger la forme authentique que pour la publicité, qui n'est, en somme, qu'une forme atténuée du système d'Alsace-Lorraine.

En Alsace-Lorraine, en effet, sont seuls admis à l'inscription au livre foncier, les actes dressés par les notaires et autorités assimilées. Mais cette obligation d'authenticité n'est requise qu'aux fins d'inscription. Les parties sont parfaitement libres de dresser un acte sous seing privé si elles le désirent, à la condition de le faire suivre dans les six mois, d'un acte authentique, ou d'une demande en justice, si l'une d'elles refuse. Passé ce délai, l'acte privé est nul.

Ce système est des plus séduisant : Il respecte la règle du seul consentement déterminateur puisque les actes constatant le transfert de la propriété immobilière sont valables *inter partes* quelle que soit la forme choisie pour les établir, et il n'impose la forme authentique que pour donner plus de sécurité au transfert *erga omnes*¹.

Les traditions consensualistes de notre Code civil sont donc sauvées. D'ailleurs, au fond, le système en vigueur en Alsace-Lorraine n'est-il pas en somme assez voisin du nôtre puisque pas plus l'un que l'autre ne prescrit de condition de forme pour le transfert de la propriété entre les parties, la transmission à l'égard des tiers résultant de la présentation à la publicité, soit d'un acte authentique en Alsace-Lorraine, soit d'un acte privé déposé dans les termes de notre décret-loi de 1935.

Mais la différence essentielle réside en ce fait que si, en droit français, à défaut de transcription, le transfert n'en reste pas moins pleinement valable entre les parties, dans les départements du Bas-Rhin, Haut-Rhin et de la Moselle, à défaut de rédaction d'acte authentique dans les six mois de l'acte privé, celui-ci devient nul : l'accord des volontés ne produit donc plus effet que pour une durée de six mois ; passé ce délai, si le formalisme de l'acte authentique ne vient pas en quelque sorte la vivifier, la transmission

1. Rappelons aussi que l'inscription au livre foncier est nécessaire à la validité du transfert.

devient lettre morte, ce qui constitue indiscutablement une très sérieuse atteinte au principe de la liberté des conventions prétendue respectée.

De plus, le système d'Alsace-Lorraine nous semble présenter certains inconvénients :

En premier lieu, c'est que l'acte privé a beau être transformé en acte authentique, la transmission n'en comporte pas moins cette cause d'infériorité originelle ; l'officier public se trouve, en effet, devant le fait accompli, devant une transmission déjà réalisée et il est souvent trop tard alors pour qu'il puisse faire œuvre utile.

D'autre part, pour que l'acte privé ainsi transformé puisse donner toute sécurité aux tiers, il faut que la nouvelle rédaction soit faite de l'assentiment de toutes les parties, venant concourir à l'acte notarié. Mais si l'une d'elles se refuse à comparaître, et que l'autre introduise une demande en justice pour obtenir la rédaction de l'acte authentique nécessaire à l'inscription, l'officier public qui établira cet acte, ne recevant les renseignements que du seul demandeur, ne pourra remplir son rôle de contrôleur et de vérificateur : il sera dans la même situation que le notaire déferant au dépôt d'un acte privé requis par un seul des contractants.

En outre, il peut arriver qu'un propriétaire ne veuille plus réaliser par acte authentique la vente qu'il avait consentie par acte privé dans les six mois précédents. Sans doute sa contre-partie a-t-elle la ressource de le mettre en demeure. Et pourtant, la raison de son refus peut trouver souvent une explication valable, résultant d'une manœuvre frauduleuse dont il a été victime : on avait fait signer, par exemple, au vendeur un compromis en lui faisant croire qu'il ne s'agissait pas d'un engagement définitif, mais de simples renseignements sur ses intentions. Or, promesse de vente vaut vente. De telles hypothèses se réalisent, surtout dans les campagnes, beaucoup plus souvent que l'on ne pense, les paysans peu instruits de la pratique des

affaires étant la proie facile de marchands de biens et d'intermédiaires sans scrupules.

Aussi le système d'Alsace-Lorraine nous semble-t-il porter une trop grave atteinte à la règle du principe consensualiste sans faire bénéficier en retour les transmissions immobilières de toute la sécurité qu'elles peuvent retirer du formalisme.

Section II. — La seule amélioration définitive : L'authenticité, conditions de validité *inter partes*.

Puisque les mesures qui précèdent, bien que détruisant en fait la règle du *solus consensus* se révèlent insuffisantes, ne serait-il pas aussi simple en même temps que plus sûr de consacrer définitivement le formalisme en matière immobilière et de faire de l'authenticité, à l'exemple du droit allemand et du droit suisse, une condition de validité, même *inter partes*, de la transmission ?

Avant d'examiner les bienfaits d'une telle solution qui pourrait aller jusqu'à la création d'un monopole au profit des notaires à l'exclusion des tribunaux, nous nous proposons de réfuter les arguments qu'on oppose à l'admission de l'authenticité.

§ 1. *Réfutation des arguments qu'on oppose à l'admission de l'authenticité.*

1° *L'Authenticité obligatoire augmenterait les frais*

Cette objection ne nous semble pas pouvoir être retenue.

Sans doute si les parties rédigent elles-mêmes leur convention, elles n'ont évidemment pas d'honoraires à payer à un notaire, et l'économie pour elles est certaine, au moment de la rédaction du moins, car il n'en sera plus de même, s'il est nécessaire à l'une de contraindre sa contre-

partie à l'exécution de la convention : en effet, alors que la grosse revêtue de la forme exécutoire, délivrée par le notaire, permet de passer directement et immédiatement aux mesures d'exécution, l'acte sous seing privé est loin d'avoir cette force : un jugement est nécessaire et chacun sait, en plus du retard qu'il entraîne, les frais élevés qu'occasionne le recours aux tribunaux.

Ainsi, même lorsque la rédaction émane des parties elles-mêmes, l'augmentation des frais est loin d'être démontrée.

Mais nous savons qu'en fait les particuliers préfèrent confier le soin de la rédaction à un intermédiaire :

Sans tenir compte de l'économie résultant pour l'avenir de l'emploi de la forme authentique, peut-on dire qu'il y ait une différence sensible entre les frais de l'acte privé rédigé par un agent d'affaires et ceux de l'acte notarié ?

On pense communément que le notaire perçoit des honoraires élevés : or si l'on compare dans un relevé de frais le montant des honoraires, d'une part, et, d'autre part, le total des droits de timbre, d'enregistrement, de transcription et autres frais de toute nature, formalités hypothécaires, réquisitions d'états, etc., on est surpris de la bien modeste part de ceux-là dans le coût du contrat. Mais comme la totalité de tous les frais est versée au notaire, on s' imagine généralement qu'il conserve la majeure partie de ce qui est versé pour lui-même. Il est curieux de voir que cette conviction est assez fortement ancrée dans l'esprit du public.

Reprenons l'examen des frais qu'occasionne la rédaction d'un acte. Ils sont de deux sortes : il y a d'abord les droits d'enregistrement et de formalités, et ensuite les honoraires du rédacteur. Les premiers ne varient pas quelle que soit la forme de rédaction adoptée, privée ou authentique. Pour que les seconds soient le moins élevés possible, quel rédacteur les parties doivent-elles choisir, le notaire ou l'agent d'affaires ?

Les gens peu instruits, tout comme ils aiment mieux avoir affaire au rebouteux qu'au médecin, préfèrent le plus souvent se rendre chez l'agent d'affaires, étant un peu effrayés par le caractère officiel du notaire, et espérant ainsi faire une économie de frais, encouragés qu'ils sont par les annonces publicitaires de certains de ces intermédiaires qui ne craignent pas d'y insérer parfois « 50 % moins cher que les notaires ».

Y trouvent-ils l'avantage espéré ? Il est permis d'affirmer que non. Les honoraires des notaires sont en effet tarifés par la loi, et ce tarif est loin d'avoir été ajusté aux nombreuses inflations de notre monnaie depuis vingt ans. Ajoutons aussi qu'il est dégressif, et que les parties peuvent toujours demander à ce que les perceptions du notaire rédacteur soient taxées. Pour l'agent d'affaires, au contraire, aucun tarif n'est imposé, aucun contrôle ne peut être exercé, de sorte qu'il s'alloue généralement un honoraire proportionnel de 5 à 6 %, susceptible de bien d'autres variations tenant à la faiblesse ou à l'ignorance du client ou encore à l'importance d'une fraude dont il se fait le complice. C'est, en effet, pour les agents d'affaires le moyen habituel d'être « moins chers que les notaires » : il leur suffit d'encourager ou de fermer les yeux sur une dissimulation, les droits d'enregistrement sont moindres et ils peuvent augmenter d'autant leurs émoluments aux dépens du Trésor.

Notons enfin que si parfois l'acte rédigé par un intermédiaire est plus économique, cela tient souvent au non-accomplissement de formalités indispensables, telles que la transcription ou la réquisition d'états, ou même l'enregistrement.

L'objection d'augmentation de frais n'a pas plus de chances de succès même en matière de petites ventes puisque celles dont le prix est inférieur à 5.000 francs sont dispensées du timbre et peuvent être rédigées sur papier libre. Sans doute sont-elles proportionnellement plus oné-

reuses que les ventes importantes, puisque les frais d'expédition sont les mêmes pour les unes que pour les autres, et il serait souhaitable à ce point de vue que pour des ventes portant sur des parcelles de peu de valeur, d'un prix inférieur à 1.000 ou 500 francs par exemple, les actes soient simplifiés et des dégrèvements de droits d'enregistrement prévus, ce qui aurait l'heureuse conséquence de provoquer la présentation d'un plus grand nombre d'actes à l'enregistrement et à la transcription.

Ainsi, on ne saurait dire que la forme notariée soit une source de frais supplémentaires bien au contraire. Et même si cela était, il faut penser que plus tard l'économie réalisée peut être chèrement payée si des difficultés viennent à naître quant à l'exécution de la convention intervenue. Il sera trop tard alors pour regretter de n'avoir pas eu recours au notaire.

2° *L'authenticité retarderait et compliquerait :*

M. Planiol estime l'authenticité peu souhaitable parce qu'« il se fait en France chaque année des milliers de ventes de petites parcelles sans grande valeur pour lesquelles les parties seraient fort gênées s'il fallait faire intervenir un notaire ; dans les campagnes on n'a pas toujours un notaire dans son voisinage, et tel paysan qui consent à signer l'acte aujourd'hui se dédierait peut-être demain¹. »

Les motifs qu'invoque M. Planiol ne semblent pas déterminants : si un paysan consent à signer l'acte un jour et que le lendemain il n'y consente plus, c'est sans doute que le premier jour il n'était pas tout à fait décidé, que sa volonté n'était pas encore fermement établie, que son consentement n'était pas très raisonné ou encore qu'il lui avait été arraché par des influences étrangères. S'il manque de fermeté et de décision, qu'il se laisse facilement cir-

1. Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. II, p. 450, n° 1355.

convenir, n'est-ce pas là plus que jamais le cas où l'intervention d'un officier public serait éminemment utile pour le conseiller et le protéger contre toutes manœuvres ayant pour but d'extorquer son consentement ou sa signature.

D'autre part, il n'est pas à notre connaissance de transmissions immobilières devant être réalisées avec une rapidité telle qu'on n'ait pas le temps de se rendre chez le notaire.

Les notaires compliquent, dit-on. « Oui, peut-être en ce sens que, stricts observateurs de la légalité, ils accomplissent les formalités prescrites, observent les délais nécessaires, s'entourent de garanties indispensables, exigent la régularisation des stipulations irrégulières. Mais tout cela n'est-il pas dans l'intérêt même des contractants et ceux-ci n'ont-ils pas plus à perdre qu'à gagner à ne pas procéder régulièrement¹. »

3° *L'authenticité porterait atteinte à la liberté des conventions.*

C'est certainement là l'argument le plus important que l'on oppose à l'obligation de l'authenticité.

Faire de la passation d'un acte authentique une condition de validité des transmissions est en effet absolument contraire aux principes de notre Code civil qui ne soumet les conventions à aucune condition de forme et qui consacre l'effet translatif des contrats.

Nous avons cherché au début de cette étude à montrer qu'il ne fallait pas se laisser arrêter par des mots derrière lesquels on se retranche pour se refuser systématiquement à envisager toute modification des principes en vigueur. Nous avons essayé de prouver que malgré nos traditions consensualistes, la renaissance du formalisme était incontestable dans notre droit, que cette notion tendait à s'affir-

1. V. rapport de M^e Page, dans *Bull. A. N.*, 15 avril 1935, p. 206, n° 5839.

mer de plus en plus, et que le législateur en avait déjà donné maintes consécérations (notamment en notre matière la loi du 13 février 1889 sur les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée), et nous avons justifié cette renaissance par le besoin de sécurité sociale qui est une des caractéristiques de l'époque présente. Il nous a semblé alors possible d'envisager la nécessité de l'authenticité pour assurer la sécurité des transmissions immobilières, celle-ci étant notoirement insuffisante.

Nous ne reviendrons pas sur ces développements, mais nous apporterons plutôt un élément nouveau à l'appui de notre thèse, en y voyant une extension logique des dispositions de l'article 2127 du Code civil en matière d'hypothèques et de donations.

L'obligation de dresser un acte notarié, condition de la validité du contrat entre les parties, n'a jamais empêché un prêt hypothécaire ou une donation. Et l'on ne voit pas pourquoi l'acte le plus important de tous ceux qui intéressent la propriété foncière, le contrat de transfert, échapperait aux prévoyantes restrictions dont la loi a entouré la simple constitution d'hypothèque. « Il y a là une anomalie qu'on expliquera peut-être historiquement, mais dont la condamnation est depuis longtemps prononcée sans appel au nom de la logique et du principe même de publicité¹. »

On prétend, pour justifier ces exceptions, que le législateur n'a pas voulu que l'on puisse entamer son patrimoine à la légère : pour des opérations aussi délicates, dont les intéressés ont besoin de comprendre toutes les conséquences, le concours du notaire est jugé indispensable. Mais alors pourquoi ne pas rendre aussi cette intervention obligatoire pour les ventes et surtout pour les partages, actes autrement difficiles à établir.

On dit aussi qu'on se laisse plus facilement entraîner à hypothéquer qu'à aliéner. Sans doute, mais est-ce un

1. Besson, *op. cit.*, p. 460.

argument suffisant? On ne voit pas pourquoi les aliénations n'ont pas droit à une protection égale à celle que la loi accorde aux constitutions d'hypothèques : que l'on défende l'emprunteur contre les entraînements irréfléchis, soit, mais que ne défend-on également le vendeur contre son inexpérience, son imprévoyance, contre les duperies d'une contre-partie de mauvaise foi, ou les manœuvres frauduleuses d'un agent d'affaires douteux. La constitution d'hypothèque et l'aliénation moyennant un prix payable à terme ne sont-elles pas assez voisines dans leurs effets? Pourquoi alors l'emprunteur est-il mieux garanti que l'acquéreur contre les taux usuraires et les conditions de paiement draconiennes? En dehors de cette hypothèse, lorsque le prix est payé comptant, pourquoi ne pas assurer la même protection à l'acquéreur novice qu'à l'emprunteur : celui-là, ne connaissant rien aux affaires, peut en effet être la proie facile d'un homme d'affaires sans scrupule qui aura vite fait à la suite de quelques opérations immobilières frauduleuses, dont il lui aura fait miroiter les avantages, de faire disparaître sa fortune à son propre profit.

En outre, alors que l'authenticité en matière d'hypothèques et de donations ne s'inspire que du désir du législateur de conserver les biens dans la famille, sa justification en notre matière répond à une nécessité beaucoup plus impérieuse, la sécurité des transmissions et la consolidation de la propriété foncière, ces deux notions, étroitement liées, étant à la base de l'expansion de la richesse immobilière.

Il ne nous semble donc pas que le principe du *solus consensus* puisse être un obstacle décisif, pour l'admission de l'authenticité. Il faut s'écarter délibérément de la routine, et s'incliner devant ce fait que la sécurité sociale moderne est à base de formalisme. Et ainsi la réflexion amène tout naturellement à accepter le principe de l'authenticité obligatoire d'autant plus facilement que l'intervention du

notaire est déjà requise en fait, maintenant puisque les actes privés ne peuvent être publiés qu'après avoir été déposés au rang de ses minutes.

4° *Les notaires seraient les seuls bénéficiaires.*

Sans doute, les notaires retireraient-ils un bénéfice certain de cette réforme. Ne serait-ce pas alors une excellente occasion pour réajuster leur tarif légal dans le sens d'un dégrèvement des ventes de petite importance ?

5° « *L'authenticité porterait atteinte à trop de situations acquises* ».

Ainsi s'exprimait la Commission de la Société d'Etudes législatives chargée d'étudier la réforme du régime foncier. Le principe que nous soutenons priverait les agents d'affaires de la rédaction d'actes qui sont pour eux une source certaine de revenus.

Chaque fois, en effet, qu'il est question d'authenticité notariale obligatoire, on assiste à une véritable levée de boucliers de la part des agents d'affaires, qui redoutent de voir se restreindre leur champ d'opérations, et l'on peut affirmer que tous les arguments que l'on oppose à l'intervention obligatoire du notaire s'évanouiraient comme par enchantement s'il n'y avait celui-là. L'authenticité aurait été adoptée depuis longtemps déjà, nous en sommes convaincus, si elle n'avait pas rencontré cette violente opposition des rédacteurs d'actes privés, fortement soutenus au Parlement.

Nous avons déjà eu l'occasion de comparer les deux formes d'écrit au point de vue des personnes qui les rédigent et nous n'y reviendrons pas. En notre époque où l'on est en toutes occasions amené à recourir de plus en plus à des spécialistes, de compétence notoire, pourquoi laisser la

stabilité de la propriété foncière à la merci de n'importe qui ?

Pour reprendre une comparaison vulgaire, personne ne s'étonne de voir que seuls les docteurs en médecine ont le droit d'exercer cette profession, que seuls les pharmaciens sont autorisés à vendre des remèdes.

Serait-il plus étonnant de voir les notaires rédacteurs obligatoires de toutes opérations de transfert immobilier, eux dont la compétence est sanctionnée par des diplômes, un long stage, dont la nomination est entourée de toutes garanties de capacité et de moralité, dont l'activité est soumise à une surveillance étroite et dont la responsabilité est garantie de façon toute particulière. Le notaire n'est-il pas le spécialiste tout désigné en matière de transmissions immobilières ? Tout le monde n'a-t-il pas à gagner à ce que la propriété reçoive les soins d'un personnage compétent, au lieu d'être abandonnée à des « guérisseurs ou des rebouteux » ?

Sans doute l'authenticité obligatoire risque-t-elle de restreindre l'activité de ceux-ci, mais en réalité il nous semble que les agents d'affaires, en s'installant rédacteurs d'actes, sans être assujettis pour cela aux plus élémentaires conditions de compétence, de moralité et de garantie, en s'érigeant ainsi en concurrents des notaires, sont sortis des justes limites de leur mission sociale.

Les deux professions de notaire et d'agent d'affaires se compénètrent en effet, mais à chacun sa spécialité, et si le notaire apparaît comme le rédacteur naturellement, légalement désigné, c'est à l'agent d'affaires d'autre part qu'incombe le rôle de négocier les opérations. Chacun doit se cantonner dans ses fonctions propres pour le plus grand bien-être de tous.

D'ailleurs, ainsi que nous l'avons fait observer, ce rôle est parfaitement compris par les hommes d'affaires sérieux qui s'en remettent toujours au notaire du soin de rédiger les conventions qu'ils ont négociées.

En admettant même qu'il faille attacher quelque valeur aux arguments que nous venons d'exposer ils ne résistent pas devant les avantages considérables que retireraient les parties, les tiers, le cadastre, la publicité, le Trésor et la société tout entière de l'authenticité obligatoire.

§ 2. *Bienfaits de l'authenticité.*

Nous avons déjà essayé de faire ressortir une partie de ces bienfaits.

Pour les parties, l'authenticité présente des avantages multiples : éclairées par les conseils du notaire, elles ont l'assurance que leur convention est parfaitement et clairement rédigée, et que les conditions particulières stipulées sont conformes aux lois en vigueur. Toute garantie leur est donnée également quant aux manipulations de fonds qu'entraîne l'opération.

D'autre part, à défaut d'autre procédé révélateur des causes d'éviction susceptibles de vicier la transmission, le notaire ne serait-il pas tout spécialement apte à mettre l'acquéreur au courant de la situation ? Si par exemple l'immeuble provient d'une donation consentie au vendeur, le notaire avise l'acquéreur du danger qu'il court, notamment s'il s'agit d'une donation-partage, opération très répandue dans les campagnes et qui contient toujours des clauses particulières telles que stipulations de rente viagère, réserve d'usufruit, interdiction d'hypothéquer ou d'aliéner, etc... Qui mieux que lui, par la connaissance qu'il a des familles, est en mesure de savoir si ces clauses ont été respectées ?

Il ne nous semble pas qu'il soit nécessaire de chercher d'autre moyen pour prévenir l'acquéreur ; il suffirait au notaire de mentionner cet avertissement dans l'origine de propriété.

Quant aux tiers, ils pourraient désormais se fier aux registres du conservateur des hypothèques pour être ren-

seignés avec certitude sur la situation juridique de l'immeuble : la publicité serait enfin basée sur un titre sérieux : on ne verrait plus des actes faux présentés à la transcription, de même que l'hypothèse du vendeur cherchant à toucher deux fois son prix ne serait plus à craindre.

Mais ce n'est pas au seul point de vue de la fraude et de la mauvaise foi que se manifestent les avantages de l'authenticité pour la publicité :

Nous avons vu que l'homonymie de noms et de prénoms est souvent la source de fâcheuses erreurs dans nos registres hypothécaires tenus par noms de personnes. La précision que les notaires apportent à l'individualisation des personnes viendrait sensiblement réduire ces risques, et ainsi seraient évités tous les ennuis auxquels donne lieu la radiation d'une inscription ou transcription opérée par suite d'une telle confusion.

Nous avons montré également que les registres de publicité, étant composés des expéditions ou originaux des actes soumis à la transcription, sont beaucoup trop volumineux, peu maniables, que les renseignements utiles n'y apparaissent pas nettement et que les états sont délivrés avec une extrême lenteur.

Il y aurait un intérêt évident à expurger la pièce destinée à demeurer à la conservation des hypothèques de toutes les énonciations qui ne présentent aucune utilité pour la publicité. Il suffirait tout simplement d'appliquer à la transcription le système adopté pour les constitutions d'hypothèques, qui consiste à faire figurer sur les registres, au lieu de l'original ou l'expédition, de simples extraits analytiques.

L'authenticité obligatoire permettrait de réaliser facilement cette simplification : il entre en effet tout à fait dans les attributions du notaire de rédiger un tel extrait qui mentionnerait simplement la date du titre et la nature de l'opération intervenue, les noms et qualités des parties et du notaire, la désignation précise, les clauses de réserve

d'usufruit, retour, inaliénabilité, et le prix avec l'indication du paiement comptant ou à terme. Bien entendu, ce système de l'extrait analytique ne serait employé que pour la pièce devant constituer un des éléments du registre du conservateur, mais celle à remettre aux parties serait toujours une expédition, conforme au titre de transmission, sauf peut-être pour les ventes de petite importance.

Tout le monde gagnerait à cette mesure : le conservateur dont la tâche serait facilitée, les tiers qui obtiendraient des renseignements plus lumineux et plus rapides et les parties enfin, qui supporteraient des frais moindres. Sans doute, le salaire du conservateur en serait-il diminué, mais cette diminution serait largement compensée du fait que tous les actes seraient désormais soumis à la transcription.

En effet, c'est là encore un avantage de l'authenticité pour la publicité, et le principal, il serait enfin possible de rendre la transcription obligatoire : il suffirait seulement d'en retirer l'initiative aux parties et de charger les notaires de l'accomplissement des formalités.

En principe, le notaire n'est pas tenu de remplir les formalités pour les actes qu'il reçoit, pas plus d'ailleurs la transcription que l'inscription hypothécaire, sauf s'il a reçu un mandat spécial de son client à cet effet. Mais en fait, la jurisprudence a tendance à mettre en jeu sa responsabilité, estimant qu'il y a mandat tacite et considérant le notaire comme un mandataire légal. Il resterait donc peu à faire pour consacrer la responsabilité du notaire et lui imposer l'obligation de requérir la transcription dans un délai qui devrait être le plus court possible, un mois par exemple.

Quant à l'Etat, il verrait ses rentrées augmenter très sensiblement : les dissimulations deviendraient en effet à peu près impossibles, les contractants n'ayant plus la faculté de se moquer des conseils du notaire à ce sujet en se rendant chez un agent d'affaires qui se prêtait sans responsabilité à toutes leurs combinaisons.

Non pas que nous prétendions faire ainsi disparaître à tout jamais les dissimulations de prix, car nous savons que la lecture des lois n'a guère d'effet sur la détermination des parties et que c'est plutôt l'autorité du notaire et les dangers qu'il leur signale qui sont de nature à déterminer l'honnêteté fiscale. Mais l'authenticité obligatoire permettrait de prendre une mesure beaucoup plus efficace qui consisterait à reconnaître au notaire le droit de se refuser à instrumenter lorsque le prix indiqué ne lui paraîtrait pas donner toutes garanties de sincérité.

Une autre conséquence heureuse serait l'amélioration progressive du cadastre : les notaires étant astreints à donner des désignations conformes à celui-ci et à déposer à l'enregistrement l'extrait sommaire prévu par la loi du 20 mai 1915 en vue d'opérer la mutation cadastrale, il serait possible de sanctionner cette obligation par une pénalité importante, de sorte qu'au bout d'un certain laps de temps, correspondant à une transmission, le cadastre pourrait enfin servir de base à la propriété foncière et devenir ainsi le grand livre terrien de la France.

Ainsi sans charges nouvelles pour les intéressés mais en leur procurant au contraire des allègements, l'authenticité apporterait aux transmissions immobilières la sécurité sans laquelle l'essor de la propriété foncière risque d'être définitivement arrêté.

N'y aurait-il pas aussi intérêt à accorder aux notaires, à l'exclusion des tribunaux, un véritable monopole en matière immobilière ?

§ 3. *Monopole des notaires en matière immobilière à l'exclusion des tribunaux.*

La proposition de loi déposée le 14 décembre 1922, au bureau du Sénat par M. Jenouvrier disposait que tous les contrats translatifs ou déclaratifs de propriété immo-

bilière devaient être rédigés dans la forme authentique « devant notaire », ce qui excluait donc la compétence des tribunaux¹.

A ceux-ci seuls, en effet, sont réservées les adjudications d'immeubles appartenant à des incapables, celles dues à un désaccord entre copropriétaires, et enfin les adjudications d'immeubles saisis ou dépendant d'une faillite.

Sur quels motifs est basée cette compétence exclusive?

En matière de ventes d'immeubles qui sont la propriété d'incapables, on la justifie par la protection dont ceux-ci ont besoin et que leur donne l'intervention du tribunal. Sans doute, savons-nous le rôle important que les lois françaises attribuent aux tribunaux pour la défense des intérêts des mineurs et interdits, mais nous ne voyons vraiment pas en quoi l'adjudication elle-même devant le tribunal assure à ceux-ci une meilleure garantie que si c'était un notaire qui y procédait : les magistrats sont-ils donc doués d'une aptitude particulière à constater les enchères qui sont portées?

Pourquoi alors n'a-t-on pas enlevé au profit du juge la compétence du commissaire priseur en matière mobilière? Sans doute par respect du vieil axiome *res mobilis res vilis*.

Mais, où la loi nous apparaît illogique, c'est que si elle charge les tribunaux de procéder aux adjudications de biens de mineurs, c'est aux notaires qu'elle confie le soin de dresser les liquidations-partages de communauté ou de succession dans lesquels des mineurs se trouvent intéressés, opérations particulièrement délicates qui sont, il est vrai, soumises ensuite à l'homologation du tribunal.

Il ne faut pas en chercher l'explication ailleurs que dans nos traditions, conservatrices avant tout de la propriété immobilière : les aliénations d'immeubles ont toujours été en effet encombrées de formalités destinées à les entra-

1. V. *supra*.

ver, particulièrement celles portant sur des biens appartenant à des mineurs, qui n'étaient valables dans notre ancien droit que passées devant le tribunal du roi. Et le régime actuel en est une survivance.

Mais si la compétence des tribunaux peut se justifier historiquement, elle est à condamner au nom de la logique, d'autant plus que le rôle du magistrat consiste uniquement à procéder à l'adjudication, le soin de la confection du cahier des charges étant confié aux avoués. On ne saurait mettre en doute les connaissances juridiques de ceux-ci, mais il faut reconnaître que, spécialistes de la procédure, ils n'apparaissent pas tout à fait qualifiés pour rédiger les actes qui sont plutôt de la compétence d'un autre spécialiste, le notaire. Pourquoi donc, au lieu de commettre un avoué pour rédiger le cahier des charges, le tribunal n'en charge-t-il pas un notaire? Voilà une première réforme facile à réaliser, et qui nous paraît tout à fait conforme au principe de l'utilisation des compétences.

Il nous semble en outre que l'on pourrait confier au notaire non seulement la rédaction du cahier des charges, mais aussi lui laisser le soin de procéder à l'adjudication. Nul mieux que lui n'est au courant de la valeur des immeubles, n'est susceptible de trouver les acquéreurs que les biens peuvent intéresser particulièrement, et l'on sait que les adjudications devant la barre sont toujours moins productives que celles devant notaire, d'autant moins que souvent les acquéreurs ne peuvent se rendre au tribunal qui siège au chef-lieu d'arrondissement, alors qu'ils n'auraient aucun déplacement à faire si l'adjudication avait lieu en l'étude du notaire du canton. Le tribunal n'interviendrait plus alors que comme en matière de liquidation-partage de biens où des mineurs sont intéressés, pour homologuer le travail du notaire et l'opération intervenue.

Rien ne s'opposerait non plus à l'adoption d'un système analogue pour les adjudications de biens résultant d'un

désaccord entre copropriétaires, ou intervenant en suite d'une saisie ou d'une faillite, puisque l'intervention du tribunal se justifie ici encore par un besoin de protection.

Tout le monde y gagnerait : les vendeurs, qui verraient augmenter leur prix, les acquéreurs qui supporteraient des frais moins élevés, les tribunaux qui n'auraient plus à distraire un magistrat pour ces adjudications, et surtout les notaires, dont on pourrait alors par compensation réduire sensiblement les honoraires d'adjudication. Seuls y perdraient les avoués pour lesquels un dédommagement s'imposerait.

Une telle réforme créerait sans doute un véritable monopole au profit des notaires en matière de transmissions immobilières, mais elle présenterait surtout cet avantage de concentrer entre ses mains toutes les questions immobilières : aucune des transmissions ne lui échapperait, conséquence des plus heureuses pour la sécurité de celles-ci.

Désormais, la propriété foncière aurait son spécialiste, pour le plus grand bien de sa consolidation.

Ainsi, l'authenticité notariale obligatoire, assurant d'une façon parfaite la sécurité des transmissions immobilières, permettrait à la richesse immobilière de prendre un nouvel essor.

CONCLUSION

Nous avons cherché, au cours de cette étude, à prouver qu'il était possible, sans qu'il soit besoin de bouleverser notre système foncier, de donner aux transmissions immobilières une sécurité de premier ordre par la simple amélioration d'un principe déjà existant, celui de l'authenticité, en en faisant une condition de la validité du transfert.

Sans oser espérer avoir rallié à notre thèse tous ceux qui, autant par routine que par respect de l'arche sacrée du Code de 1804, se refusent systématiquement à toutes modifications de règles qui se révèlent aujourd'hui manifestement insuffisantes, et ne veulent pas reconnaître le formalisme qui réapparaît cependant avec de plus en plus de force dans tous les domaines, du moins pensons-nous avoir fait œuvre utile si nous amenons certains à réfléchir sur les bienfaits qui peuvent résulter pour les parties, les tiers, l'Etat et la société tout entière de l'obligation de l'acte notarié en matière de transmissions immobilières.

D'aucuns s'élèveront sans doute contre cette extension du monopole des notaires. Qu'à ceux-ci il nous soit permis de répondre que nous ne voyons pas ce qu'il peut y avoir d'étonnant à ce qu'il soit reconnu, pour la rédaction des actes de transfert de propriété, une compétence exclusive à ceux-là seuls dont c'est la profession de rédiger les actes destinés à constater les conventions. Un tel monopole ne s'impose-t-il pas, au contraire, comme une conséquence

de la complexité de la vie moderne? On parle, à l'heure actuelle, dans toutes les branches de l'activité, d'établir un ordre nouveau : il s'agit d'éliminer les incapables et d'attribuer à chacun dans l'échelle sociale le rôle qu'il est tout naturellement désigné pour remplir par sa formation et par sa compétence. Peut-on trouver meilleure application de ce nouvel ordre qu'en notre matière? L'authenticité notariale obligatoire ne répond-elle pas tout à fait à cette tendance¹?

D'autre part nous sommes, quant à nous, intimement convaincu que si le législateur de 1935 n'a pas osé poser le principe de l'authenticité tel que nous le concevons, alors que dans l'exposé des motifs précédant le texte du décret son intention était bien de faire du notaire la cheville ouvrière de notre régime foncier, c'est par crainte, non pas tant de porter atteinte à la règle du consensualisme, que de réaliser trop rapidement une modification importante des principes anciens. C'est en effet un fait reconnu qu'en France on est généralement ennemi des changements trop brusques ou trop complets qui viennent heurter des habitudes depuis longtemps établies. Le législateur lui-même n'y échappe pas : chez nous, les réformes s'accomplissent progressivement et lentement : on ne passe d'un principe à un nouveau qu'après de longs errements.

Aussi estimons-nous que les dispositions actuelles ne correspondent qu'à un premier stade de cette lente évolu-

1. Au moment où nous mettons sous presse, une loi du 16 novembre 1940 relative aux opérations immobilières vient de subordonner la validité des mutations entre vifs, de propriété ou de jouissance, ainsi que tous les démembrements de propriété portant sur des immeubles ou des droits immobiliers situés en France, à l'autorisation du préfet du département où l'immeuble est situé.

Cette loi nous semble présenter un caractère exceptionnel et temporaire, et correspondre uniquement à des nécessités immédiates, conséquences de la période anormale que nous traversons. Sans toucher directement notre sujet, et loin d'infirmier notre thèse, elle vient plutôt corroborer l'idée que nous avons soutenue, qu'il est d'un intérêt primordial pour l'Etat et la société tout entière que les transactions immobilières soient entourées du maximum de garanties.

tion, mais qu'un jour viendra où, comme dans la plupart des législations étrangères, l'authenticité notariale deviendra une condition de validité obligatoire des transmissions immobilières. Sans doute même alors le législateur n'interviendra-t-il plus que pour consacrer une pratique qui se sera établie tout naturellement avec le temps.

Vu : pour le Doyen,
L'assesseur
GILBERT GIDEL

Vu, bon à imprimer,
Le Président de thèse
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE

Vu et permis d'imprimer :
Le Directeur de l'Ecole Normale Supérieure
chargé des fonctions
de Recteur de l'Académie de Paris
CARCOPINO

BIBLIOGRAPHIE

Traité de droit civil.

- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 9^e éd., par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, n^{os} 1014 à 0000.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. III, n^{os} 626 à 682 (Picard).
JOSSEMERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, n^{os} 1701 à 1753 et suppl., p. 37 à 50 (Sirey).

Ouvrages divers.

- BESSON. — *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, Delamotte, 1891.
BRISSE. — *Etude sur le rôle fiscal du notaire*, thèse, Paris, 1937.
LEVIVIER. — *Etude des moyens les plus propres à assurer la sécurité des transactions et notamment des transmissions immobilières*, thèse, Paris, 1897.
MAITREL. — *Le Notariat au service du pays*, Paris, Rousseau, 1928.
MANUEL GISMONDI. — *Le régime de la propriété foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie*, thèse, Paris, 1933.
MORIN. — *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droit du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse, Paris, 1902.
NAVARRE. — *De l'authenticité nécessaire pour la publicité des transmissions immobilières*, thèse, Montpellier, 1924.
PROUVOST. — *De l'extension du monopole des notaires dans la rédaction des actes privés*, thèse, Lille, 1928.

SUR LE DÉCRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935.

Revue générale.

- Dalloz Hebdomadaire*, 1936 (JOSSEMERAND). Chronique, p. 1 à 4. — 1936 (L. S.), Notes fiscales, p. 17, 21 et 45.

Lois Nouvelles, 1936 (VOIRIN), p. 170 à 189.

Recueil général des lois, décrets et arrêtés, 1936 (FOIRET), n° 3, p. 97 à 103.

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1936 (DURAND), p. 149 à 186.

Semaine juridique, 1935 (SAYATIER), p. 1397 à 1400.

Revue notariales et diverses.

Bulletin de l'Association nationale des notaires de France, 1935, nos 5767, 5839, 6112; 1936, nos 6509, 6510, 6530

Journal des conservateurs des hypothèques, 1935 (M. P.), art. 11645.

Journal des Notaires et des Avocats, 1936 (MAGUET), art. 38667.

La Basoche, 1936 (ROGER), II, p. 3: 1937, II, p. 33.

Répertoire général du Notariat, 1935 (MAZIN), art. 24345; 1936 (NAST), art. 24392, 24614, 14672; 1937, art. 24767.

Recueil civil et notarial, 1936 (NÉRIER et MASOUNABE), p. 50 et 155.

Revue du Notariat et de l'Enregistrement, 1935 (BESNARD), n° 26200, 1936, n° 26403.

Revue hypothécaire, 1936 (FRANÇOIS), art. 6565; 1936 (Lettre BECQUÉ), art. 6568.

Revue Mnémotechnique, 1936 (ROUIOS), p. 17 et s.

Thèses.

FUSTER. — *Le décret du 30 octobre 1935 modifiant le régime de la transcription*, Alger, 1937.

MARTIN. — *La réforme apportée au régime de la publicité immobilière par le décret-loi du 30 octobre 1935*, Paris, 1937.

SERVOLÉ. — *La publicité des mutations d'immeubles par décès et le décret-loi du 30 octobre 1935 sur la transcription*, Paris, 1938.

VANDEBUSSCHE. — *Les actes soumis à la transcription en vertu de la loi du 23 mars 1855 modifiée par le décret du 30 octobre 1935*, Lille, 1938.

VIALAR. — *Le régime de transcription : sa refonte par le décret-loi du 30 octobre 1935*, Montpellier, 1937.

Documents relatifs à l'application du décret.

Instruction du 12 décembre 1935, n° 4234 de l'Administration de l'Enregistrement.

Interprétation commune de l'Association des Conservateurs des hypothèques du 25 novembre 1935.

Réponses du Ministre de la Justice aux questions de MM. :

DURIAC, *Rép. gén. not.*, 1936, art. 24418-1.

GROUDIÈRE, *Rép. gén. not.*, 1936, art. 24504-1.

ROLLAND, *Rep. gén. not.*, 1936, art. 24519.

DONON, *Rép. gén. not.*, 1936, art. 24566.

GROS, *Rép. gén. not.*, 1936, art. 24572.

TABLE DES MATIERES

L'AUTHENTICITE NOTARIALE OBLIGATOIRE POUR LA SECURITE DES TRANSMISSIONS IMMOBILIERES

INTRODUCTION

Formalisme et sécurité.....	1
-----------------------------	---

PREMIERE PARTIE

INSUFFISANCE DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT FRANÇAIS POUR ASSURER LA SECURITE DES TRANSMIS- SIONS IMMOBILIERES. NECESSITE D'UN INSTRUMENTUM SERIEUX

Propriété et sécurité.....	11
Chapitre premier. — Individualisation des personnes : Identité, capa- cité, pouvoir.....	15
Chapitre II. — Détermination de l'immeuble : Cadastre.....	20
Chapitre III. — Détermination juridique de l'immeuble : Publicité.....	28
Section I. — <i>Domaine d'application de la publicité et ses lacunes</i>	30
§ 1. Transmissions.....	31
§ 2. Droits réels et charges foncières.....	44
§ 4. Privilèges et hypothèques.....	46
§ 4. Causes d'éviction.....	50
Section II. — <i>Imperfections de la publicité</i>	55
§ 1. Caractère facultatif.....	56
§ 2. Absence de force probante.....	58
§ 3. Inconvénients des registres de publicité.....	61
Nécessité d'un instrumentum sérieux.....	62

DEUXIEME PARTIE

L'AUTHENTICITE FONDEMENT DE LA SECURITE

Chapitre premier. — Supériorité de l'acte authentique sur l'acte sous seing privé.....	69
Section I. — <i>Au point de vue des actes en eux-mêmes</i>	70
§ 1. Formes.....	70
§ 2. Force probante.....	74

194 AUTHENTICITÉ NOTARIALE ET TRANSMISSIONS IMMOBILIÈRES

§ 3. Force exécutoire.....	76
§ 4. Utilisation et conservation.....	77
<i>Section II. — Au point de vue des personnes qui les rédigent.....</i>	78
<i>Section III. — Au point de vue des transmissions immobilières.....</i>	89
§ 1. Individualisation des personnes.....	89
§ 2. Détermination physique de l'immeuble.....	91
§ 3. Détermination juridique de l'immeuble	92
§ 4. Rédaction de l'acte de transmission. Manipulation des fonds. Accomplissement des formalités.....	95
Chapitre II. — L'authenticité immobilière en droit français.....	100
<i>Section I. — Avant le décret-loi de 1935.....</i>	100
<i>Section II. — Le décret-loi du 30 octobre 1935.....</i>	112
§ 1. Attestation notariée.....	116
§ 2. Actes sous seing privé déposés au rang des minutes d'un notaire	125
<i>Section III. — Insuffisance de l'authenticité immobilière du droit français</i>	137
Chapitre III. — L'authenticité immobilière en droit étranger.....	147
<i>Section I. — Groupe français.....</i>	148
<i>Section II. — Groupe germanique</i>	149
<i>Section III. — Groupe australien</i>	157

TROISIEME PARTIE

VUES LEGISLATIVES

VERS UNE MEILLEURE UTILISATION DES BIENFAITS DE L'AUTHENTICITE IMMOBILIERE

<i>Section I. — Rejet d'améliorations insuffisantes.....</i>	163
§ 1. Contrôle du conservateur des hypothèques	163
§ 2. Dépôt avec reconnaissance d'écritures ou de signatures.....	164
§ 3. L'authenticité d'Alsace-Lorraine.....	165
<i>Section II. — La seule amélioration définitive : l'authenticité, condi- tion de validité « inter partes ».....</i>	168
§ 1. Réfutation des arguments qu'on oppose à l'admission de l'authenticité.....	168
§ 2. Bienfaits de l'authenticité.....	177
§ 3. Monopole des notaires en matière immobilière, à l'exclusion des tribunaux.....	180
Conclusion	185
Bibliographie	189

IMPRIMERIE BIÈRE

18. RUE DU PEUGUE, BX. 1941
